

Sygn. akt KIO/UZP 565/08

WYROK
z dnia 23 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Marek Koleśnikow
Izabela Kuciak
Protokolant: Edyta Skowrońska

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie* w dniu / w ~~dniach~~* 23 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: J&A Garrigues S.L. – Garrigues Polska i Pablo Olabarri Gortazar Sp.K. - Gerens Management Group S.A. – Everis Spain S.L. – Apia XXI S.A. – Apia XXI I.A.K. Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 53, Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa, Plac Bankowy 3/5, Warszawa** protestu / protestów* z dnia 26 maja 2008 r.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i dokonanie czynności powtórnej oceny ofert**

2. Kosztami postępowania obciąża **Miasto Stołeczne Warszawa, Plac Bankowy 3/5, Warszawa** 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 uiszczonego przez **Konsorcjum: J&A Garrigues S.L. – Garrigues Polska i Pablo Olabarri Gortazar Sp.K. - Gerens Management Group S.A. – Everis Spain S.L. – Apia XXI S.A. – Apia XXI I.A.K. Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 53, Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) przez **Miasto Stołeczne Warszawa, Plac Bankowy 3/5, Warszawa** na rzecz **Konsorcjum: J&A Garrigues S.L. – Garrigues Polska i Pablo Olabarri Gortazar Sp.K. - Gerens Management Group S.A. – Everis Spain S.L. – Apia XXI S.A. – Apia XXI I.A.K. Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 53, Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu;
- 3) dokonać wpłaty kwoty zł ... gr (słownie:.....) przez 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 **Konsorcjum: J&A Garrigues S.L. – Garrigues Polska i Pablo Olabarri Gortazar Sp.K. - Gerens Management Group S.A. – Everis Spain S.L. – Apia XXI S.A. – Apia XXI I.A.K. Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 53, Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Urząd Miasta Stołecznego Warszawy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Doradztwo w zakresie przygotowania do realizacji przedsięwzięć z udziałem podmiotów prywatnych oraz nadzoru nad ich realizacją*”, w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 4 grudnia 2007 r. pod numerem: 2007/S 233 - 284103.

Pismem z dnia 20 maja 2008 roku Zamawiający poinformował Wykonawców o wyniku przeprowadzonego postępowania, w wyniku którego zakwalifikował 4 Wykonawców do zawarcia umowy ramowej oraz poinformował o tym, iż jeden z Wykonawców się nie zakwalifikował do zawarcia umowy ramowej, gdyż nie uzyskał wystarczającej liczby punktów, a oferty dwóch Wykonawców Zamawiający odrzucił.

Pismem z dnia 26 maja 2008 roku Pełnomocnik Konsorcjum J&A Garrigues S.L. – Garrigues Polska i Pablo Olabarri Gortazar Sp.K. - Gerens Management Group S.A. – Everis Spain S.L. – Apia XXI S.A. – Apia XXI I.A.K. Sp. z o.o. Pan Piotr T. wniósł protest do Zamawiającego, zarzucając niezgodne z przepisami art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzucenie oferty Protestującego.

W uzasadnieniu wskazał, iż zgodnie z ustawą ugruntowane jest stanowisko, iż niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot umowy nie odpowiada opisanemu w s.i.w.z. przedmiotowi zamówienia, a sprzeczność oferty z s.i.w.z. musi mieć charakter materialny, a nie formalny, aby mogła stanowić podstawę jej odrzucenia. Ponadto w przedmiotowym przypadku należy mieć na uwadze szerszy obraz. Metodologia określona w pkt 10.17 s.i.w.z. stanowiła jedynie stosunkowo niewielką część oferty, która celem nadania jej przejrzystego i efektywnego kształtu przygotowana została w formie prezentacji, aby nie ingerować w spójność formy nie została opatrzona podpisami. Natomiast wszystkie pozostałe elementy oferty oraz pismo przewodnie te podpisy już posiadały. Trudno – zdaniem Protestującego – uznać brak jednego podpisu za coś więcej niż formalne niedopatrzenie o niewielkim znaczeniu, jeszcze trudniej wywieść, że brak tegoż podpisu był wywołany odmienną wolą Oferenta, zwłaszcza w obliczu przywoływanych wcześniej licznych dokumentów tym podpisem opatrzonych. Uznać należy, iż zamieszczenie wymogu dopełnienia warunków stricte formalnych w tekście s.i.w.z. w żadnym wypadku nie może zmieniać kwalifikacji takiego wymogu. Jego zaledwie formalny charakter pozostaje taki bez względu na umiejscowienie i nie może być definiowany jako treść (materia) oferty oraz nie może zaświadczać o woli Oferenta. Powyższe okoliczności, zdaniem Protestującego świadczą o

tym, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający rażąco naruszył przepisy Ustawy, ponieważ powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 tejże ustawy, odrzucił ofertę, której treść odpowiadała wymogom prawa.

W związku z powyższym Protestujący wniósł o powtórne dokonanie oceny oferty złożonej przez Niego oraz ponowne rozstrzygnięcie postępowania.

Pismem z dnia 2 czerwca 2008 roku Konsorcjum firm reprezentowane przez KPMG Advisory Spalska z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. z siedzibą w Warszawie zgłosiło przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 2 czerwca 2008 roku Konsorcjum firm reprezentowane przez Ernst & Young Corporate Finance Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosiło przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Zamawiający, pismem z dnia 6 czerwca 2008 roku rozstrzygnął protest przez jego oddalenie.

Zamawiający, uzasadniając swoją decyzję wskazał, iż argumenty wskazane przez Protestującego nie zasługują na uwzględnienie. Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Protestującego, gdyż jej treść – ze względu na brak w ofercie wymaganego dokumentu pn. „Metodologia realizacji zamówienia” – nie odpowiada treści s.i.w.z. Jest tak z następujących powodów:

- 1) wymagana przez Zamawiającego metodologia realizacji zamówienia stanowiła niewątpliwie ofertę w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- 2) metodologia realizacji zamówienia stanowiła zobowiązanie Wykonawcy co do sposobu realizacji zamówień udzielanych na podstawie umowy ramowej, zatem decydowała o prawach i obowiązkach wykonawcy w sposób właściwy dla merytorycznej treści oferty;
- 3) ze względu na podstawowe znaczenie tego dokumentu dla przedmiotowego postępowania, Zamawiający domagał się, aby metodologia realizacji zamówienia była podpisana przez Wykonawcę i złożona w formie oryginału – pod rygorem odrzucenia oferty.

Należy więc przyjąć – zdaniem Zamawiającego – że Protestujący nie składając przedmiotowego oświadczenia w wymaganej formie, nie złożył go wcale. W rozważanym stanie faktycznym nie chodzi bowiem o sam brak podpisu, parafy, etc., co oczywiście byłoby wyłącznie wadą co do formy, nie zaś treści oferty, ale o brak w ofercie Protestującego

wymaganego przez Zamawiającego oświadczenia. I to oświadczenia, które określa merytoryczne wymagania dotyczące sposobu realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zwrócił również uwagę na brak formalny pełnomocnictwa dla osoby podpisującej protest. Dołączone do protestu pełnomocnictwo r.pr. Piotra Turowicza nie zostało złożone w oryginale, ale kopii, która nie została nawet potwierdzona za zgodność z oryginałem.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i w piśmie z dnia 11 czerwca 2008 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości, podtrzymując wszystkie żądania i zarzuty zgłoszone w proteście.

Po zapoznaniu się z oryginalną dokumentacją przetargową, po wysłuchaniu stron na rozprawie Izba ustaliła, że odwołanie podlega uwzględnieniu.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, iż w celu prawidłowego rozpatrzenia zarzutu postawionego w treści protestu jak i w odwołaniu konieczne jest stwierdzenie czy dokument „Metodologia realizacji zamówienia” stanowi treść oferty i czy brak podpisania tego dokumentu stanowi o jego niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy też jest to brak formalny.

„Oferta” jest pojęciem z zakresu prawa cywilnego materialnego, której definicja sformułowana jest w art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego (k.c.). Tak więc oferta jest to „*Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy*”. Oferta jest oświadczeniem woli skierowanym do drugiej strony jako propozycja zawarcia umowy, ale także oferta musi zawierać co najmniej minimalną treść proponowanej umowy (jej istotne postanowienia). Wymaganie to wynika z roli, jaka przypada adresatowi oferty – może doprowadzić do zawarcia umowy przez przyjęcie oferty. Instytucję oferty jako sposobu zawarcia umowy cywilnoprawnej stosuje się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z tym, że adresatem oferty Wykonawcy jest Zamawiający, a istotne postanowienia umowy są określane przez Wykonawcę składającego ofertę na podstawie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferta musi być złożona na piśmie. Niezachowanie formy pisemnej skutkuje nieważnością oferty, przy czym jest to nieważność bezwzględna (art. 73 § 1 k.c.), co oznacza, że nie wywołuje ona od początku określonych w niej skutków prawnych.

Jako, że w ustawie brak jest definicji legalnej oferty, w praktyce zamówień publicznych utrwalili się poglądy zaprezentowane w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05, Biuletyn SN 2005/10/7. Sąd Najwyższy stwierdził, że skoro w

specyfikacji istotnych warunków zamówienia został zawarty obowiązek wykonawcy przedstawienia zamawiającemu informacji na potwierdzenie ich spełnienia, a treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, *„oznacza to, że informacje te są elementem oferty (...) i to bez względu na to, czy zostały one objęte skutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania”*. Podzielając ten pogląd Sądu Najwyższego, należy uznać, że elementem oferty są też dokumenty przedstawione przez wykonawcę, potwierdzające spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu dokument „Metodologia realizacji zamówienia” stanowi istotny element oferty.

W związku z powyższym rodzi się pytanie, czy w związku z powyższym brak podpisania ww. dokumentu przez Odwołującego powoduje, iż zaistniała przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że brak podpisu na dokumencie „Metodologia realizacji zamówienia” stanowiącym element oferty Odwołującego nie może stanowić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Stanowisko takie potwierdza liczne orzecznictwo Zespołu Arbitrów (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 1 lutego 2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-102/05, z dnia 14 marca 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-423/05, z dnia 18 stycznia 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-4/06, z 28 lipca 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-1428/06, z dnia 5 września 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-2424/06), które jednoznacznie wskazują na uchybienia w ofertach, które mogą być zakwalifikowane jako błędy formalne, nie mające wpływu na treść złożonej oferty.

Wzór umowy dołączony do specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi jej integralną część, tym samym zawarte w nim postanowienia obowiązują wykonawcę w tym samym stopniu co postanowienia s.i.w.z.

Jednocześnie, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie możliwości odrzucenia oferty w przypadku nie podpisania dokumentu „Metodologia realizacji zamówienia” są postawione ponad wymogi określone w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Artykuł 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stwarza możliwość odrzucenia oferty Wykonawcy, gdy jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z. Tak więc odrzucenie oferty na podstawie tego przepisu nastąpić może tylko w przypadku gdy jej treść merytoryczna nie odpowiada treści (wymogom) postawionym w s.i.w.z. Brak podpisu pod dokumentem „Metodologia realizacji zamówienia” stanowi jej uchybienie formalne, w żadnym stopniu nie odnoszące się do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tak więc zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez Zamawiającego jako przesłanki odrzucenia oferty z powodu braku podpisu pod częścią oferty pn. „Metodologia realizacji zamówienia” uznać należy za chybione.

Dodatkowo stwierdzić należy, że jeżeli Zamawiający chciał przewidzieć możliwość odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, to mógł takie zastrzeżenie zapisać w s.i.w.z. ale w odniesieniu tylko i wyłącznie do niezgodności treści oferty (metodologii) z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż Oferta złożona przez Odwołującego – jako oświadczenie woli rozumiane zgodnie z przepisem art. 60 k.c. zawiera w swojej treści zobowiązanie do zawarcia umowy ramowej zgodnie z przedstawioną ofertą, na warunkach określonych we wzorze umowy. Punkt 9 oferty określa, iż załącznikami do oferty są m.in. „Oferta współpracy z metodologią realizacji umowy”. Identyfikacja pochodzenia dokumentu „Metodologia realizacji zamówienia” nie budzi żadnych problemów i pozwala w sposób jednoznaczny określić przez kogo została sporządzona, w jakim celu i co zawiera.

Wobec powyższego, na podstawie przepisu art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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 **Warszawie**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*