Sygn. akt: KIO 1503/16

WYROK
z dnia 26 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2016 r. przez wykonawcę **Zakład Komunalny spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sokołowie Małopolskim** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kolbuszowa w Kolbuszowej**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu **Gminie Kolbuszowa w Kolbuszowej** powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy **Zakład Komunalny spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sokołowie Małopolskim,** niepodlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, z powodu niezałączenia wypełnionego i zaakceptowanego projektu umowy;

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Kolbuszowa w Kolbuszowej** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Zakład Komunalny spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sokołowie Małopolskim** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od **Gminy Kolbuszowa w Kolbuszowej** na rzecz **Zakładu Komunalnego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sokołowie Małopolskim** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 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 **Tarnobrzegu.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt KIO 1503/16

Uzasadnienie

I. Gmina Kolbuszowa w Kolbuszowej (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i częściowo zamieszkałych na terenie Gminy Kolbuszowa.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 3 maja 2016 r. poz. 2016/S 086-152564 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z poźn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 12 sierpnia 2016 r. wykonawca Zakład Komunalny spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sokołowie Małopolskim (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie,

w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, iż oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi niezałączenia wypełnionego projektu umowy. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w SIWZ nie zażądał jednoznacznie załączenia do oferty wypełnionego wzoru umowy, a nawet gdyby wywodzić taki obowiązek z jednego z oświadczeń zawartych w formularzu ofertowym, to brak załączenia wypełnionego formularza ofertowego nie może być podstawą faktyczną odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i na rozprawie wnosił o jego oddalenie. W ocenie Zamawiającego, zarzut odwołania jest bezzasadny, ponieważ wymóg w formularzu ofertowym złożenia wraz z ofertą wypełnionego i podpisanego projektu umowy był jednoznaczny, nikt go nie zakwestionował w przepisanym terminie, zasady były znane od momentu publikacji SIWZ i jednakowe dla wszystkich

wykonawców. Zaakceptowanie poglądów Odwołującego prowadziłoby w ocenie do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, tj. art. 7 Pzp.

Mimo jednoznacznego oświadczenia w pkt 7 formularza ofertowego Odwołujący nie załączył wypełnionego projektu umowy, chociaż złożył oświadczenie, że do oferty załącza wypełniony i podpisany projekt. Zamawiający przyznawał, że w instrukcji dla wykonawców takiego wymogu nie ma, ale został on jednoznacznie wskazany w formularzu ofertowym w pkt 7. Zamawiający najpierw zweryfikował spełnianie warunków podmiotowych i ustalił, że warunki te Odwołujący spełnia, natomiast przy weryfikacji treści oferty okazało się, że jest ona niezgodna z treścią SIWZ pod względem wymogu załączenia wypełnionego projektu umowy. Zamawiający nie weryfikował listy podwykonawców, ale stwierdził, że wypełniony projekt umowy to pełna oferta zawarcia umowy składana w postępowaniu.
Umowa w postępowaniu o zamówienie publiczne jest umową adhezyjną, a Odwołujący dopiero na obecnym etapie kwestionuje prawo Zamawiającego do kształtowania treści umowy. Zamawiający podkreśla, że Odwołujący złożył w pkt 7 formularza ofertowego oświadczenie o załączeniu wypełnionego projektu umowy, co było nieprawdziwe.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kolbuszowej, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Skład orzekający uznał, że wykonawca ten nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego i nie stał się uczestnikiem postępowania, ponieważ przystąpienie nastąpiło po upływie przepisanego terminu (Zamawiający przekazał kopię odwołania w dniu 21 sierpnia 2016 r., zgłoszenie przystąpienia nadano listem poleconym w dniu 16 sierpnia 2016 r., doręczono Izbie w dniu 19 sierpnia 2016 r.).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie należy uwzględnić.

Izba ustaliła, co następuje:
1. Zamawiający w żadnym postanowieniu ani SIWZ (kopia SIWZ i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach sprawy), ani ogłoszenia o zamówieniu nie

sformułował wymogu dołączenia do oferty wypełnionego projektu umowy.
2. W pkt 7 formularza ofertowego, zgodnie z wzorem załączonym do SIWZ, zawarto oświadczenie o następującej treści: „Oświadczamy, że zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia projekt umowy został przez nas wypełniony i zaakceptowany. Zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy na wyżej wymienionych warunkach w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.”.
3. Zarówno Odwołujący, jak i wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, załączyli do złożonych ofert projekty umów – kopie załącznika nr 5 do SIWZ, z pozostawionymi pustymi miejscami do wypełnienia (Odwołujący – od strony 29 oferty, wykonawca, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą – od strony 119 oferty).
4. W dniu 2 sierpnia 2016 r. Odwołujący otrzymał ,,Zawiadomienie o odrzuceniu oferty (…)”, zgodnie z którym wskazano, iż oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ nie załączył on do oferty ,,wypełnionego projektu umowy”. Zamawiający dodał, że projekt umowy jest jedynym miejscem, w którym wykonawca podaje nazwę podwykonawcy, a ,,brak tej informacji powoduje sprzeczność pomiędzy formularzem ofertowym (oświadczenie od zamiarze zlecenia usług podwykonawcom do 50%), a projektem umowy”.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że nie zaistniała podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ z powodu niezałączenia do niej wypełnionego projektu umowy.

Po pierwsze trudno wymóg załączenia wypełnionego i zaakceptowanego projektu umowy wywodzić z SIWZ, skoro wymóg taki nie został w niej w ogóle sformułowany. Z pkt 7 formularza ofertowego wynika jedynie, że wykonawca miał formularz wypełnić, a nie został w żaden sposób wyrażony obowiązek załączenia takiego wypełnionego projektu umowy do oferty. Po drugie, nawet gdyby taki obowiązek został w SIWZ sformułowany, to Zamawiający nigdzie nie sprecyzował, że istotne było dla niego podanie nazw podwykonawców, niebędących podmiotami trzecimi, na zasobach których wykonawca się opiera. Odwołujący nie może się dowiadywać dopiero z pisma wskazującego podstawę odrzucenia oferty, jakie informacje były istotne dla Zamawiającego. W projekcie umowy stanowiącym załącznik do SIWZ pozostawiono wiele niewypełnionych pól – np. datę podpisania umowy, wysokość wynagrodzenia itd., a okazało się na etapie oceny oferty, że dla Zamawiającego znaczenie miało wypełnienie pól w paragrafie 6 umowy, dotyczących ewentualnych podwykonawców.

W ocenie składu orzekającego, podanie nazw podwykonawców w ofercie (umowie), której przedmiotem nie jest wykonanie robót budowlanych, jeżeli podwykonawcy nie są równocześnie podmiotami, na zasobach których wykonawca się opiera – ma charakter wyłącznie informacyjny. Podobnie uznał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku sygn. akt V Ca 147/12 z dnia 14 czerwca 2012 r. (publ. Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze. Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych, Zeszyt nr 18, wyd. Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa, grudzień 2014, s. 77 i n.) oraz Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 21 października 2014 r., sygn. akt V SA/Wa 974/14 (publ. http://orzeczenia.nsa.gov.pl/).

Trafnie Odwołujący zauważał w odwołaniu, że treść pkt VI Instrukcji dla wykonawców - Informacje wynikające z art. 36 ust. 2 Prawa zamówień publicznych ppkt 7 wskazuje, że Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, jak również, że „Wykonawca może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy. W takim przypadku Wykonawca:
- wskaże w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom,
- poda nazwy (firmy) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy PZP, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy PZP.”

Odwołujący słusznie w odwołaniu wywodził, że ,,wykonawca zobowiązany jest podać nazwy (firmy) podwykonawców, przy pomocy których będzie realizował zamówienie tylko i wyłącznie w przypadku, gdy jednocześnie powołuje się na ich zasoby w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Natomiast w przypadku, kiedy Wykonawca składający ofertę w postępowaniu nie posiłkuje się zasobami danego podwykonawcy celem

spełnienia warunków postawionych w postępowaniu nie ma obowiązku jego personifikowania. Wynika stąd, że Wykonawca będzie obowiązany podać nazwy (firmy) podwykonawców, tylko i wyłącznie w przypadku, gdy będzie powoływał się na ich zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. (informację w odniesieniu do takiego podwykonawcy Odwołujący podał w Wykazie narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia, w pkt 7 oraz na str. 8 oferty - oświadczenie podmiotu „Stare Miasto-Park" Sp. z o.o. w Wierzawicach o oddaniu do dyspozycji Odwołującego samochodu specjalistycznego). Treść przedmiotowych dokumentów złożonych przez Odwołującego do oferty obejmuje nazwę (firmę) podwykonawcy, który jednocześnie udostępnia Odwołującemu swoje zasoby. W związku z powyższym wbrew twierdzeniom Zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, projekt umowy, którego brak załączenia do oferty zgodnie z treścią ww.

Zawiadomienia legł u podstaw decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, nie stanowił o identyfikacji podmiotów trzecich, bowiem tylko w takim przypadku Zamawiający mógł zażądać na etapie składania ofert podania nazw podwykonawców."

Reasumując, Izba nie stwierdziła podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 989 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Podstawa do odrzucenia oferty jako nieodpowiadającej treści SIWZ może nastąpić tylko wówczas, gdy istotna treść SIWZ nie odpowiada treści SIWZ, czego w niniejszym postępowaniu, badając odwołanie w granicach jego zarzutów, nie stwierdzono.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 7 ust 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, co miało wpływ na wynik postępowania, dlatego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

……