Sygn. akt: KIO 2827/15

WYROK
z dnia 12 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2015 r. przez wykonawcę **Polska Grupa Pocztowa S.A., ul. Stanisława Augusta 75/45-47, 03-846 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Niemodlin, ul. Bohaterów Powstań** Śląskich **37, 49-100 Niemodlin**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu, tj. Gminie Niemodlin, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Polska Grupa Pocztowa S.A. i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz nakazuje dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy Polska Grupa Pocztowa S.A.;**
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Niemodlin, ul. Bohaterów Powstań** Śląskich **37, 49-100 Niemodlin** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Polska Grupa Pocztowa S.A., ul. Stanisława Augusta 75/45-47, 03-846 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od **ul. 37, Gminy Niemodlin, Bohaterów Powstań** Śląskich **49-100 S.A.,** na rzecz **Polska Grupa Niemodlin** wykonawcy **Pocztowa ul. Stanisława Augusta 75/45-47, 03-846 Warszawa** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: koszty zero siedem złotych stanowiącą tysięcy pięćset groszy), postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wniesionego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Opolu.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2827/15

Uzasadnienie

Gmina Niemodlin (dalej: „Zamawiający") prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Świadczenie *usług pocztowych dla jednostek organizacyjnych Gminy Niemodlin w latach 2016-2017".* Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa *Pzp".* Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 grudnia 2015 r. pod nr 180229.

W postępowaniu tym wykonawca Polska Grupa Pocztowa S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") w dniu 28 grudnia 2015 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Zarzuty odwołania dotyczą czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego. Informację o tej czynności Zamawiający przekazał Odwołującemu pocztą elektroniczną w dniu 23 grudnia 2015 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego

postępowania przekazał pozostałym wykonawcom w dniu 29 grudnia 2015 r. Do Prezesa Izby, do upływu termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, tj. do dnia 2 stycznia 2016 r., nie wpłynęło żadne zgłoszenia przystąpienia.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 12 stycznia 2016 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący w swoim odwołaniu zaskarżył czynność odrzucenia jego oferty i zarzucił w tym zakresie Zamawiającemu, iż ten naruszył:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez wadliwe odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na przyjęcie, iż treść jego oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ");
2) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ewentualne zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;

i tym samym wadliwe, z naruszeniem wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji, dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Poczta Polska S.A.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Poczta Polska S.A.;
2. powtórzenia czynności obejmującej badanie i ocenę ofert;
3. ewentualnego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;
4. ponowienia wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podkreślił, że Zamawiający zgodnie z postanowieniami SIWZ wymagał od wykonawców przedłożenia wzorca umowy, zawierającego postanowienia zawarte w punktach III (opis przedmiotu zamówienia) oraz IX (sposób porozumiewania się z zamawiającym), przy czym Odwołujący założył, że odwołanie do punktu IX miało najprawdopodobniej jedynie charakter omyłki, a właściwym punktem, do którego Zamawiający miał zamiar odesłać, był punkt XIX SIWZ, zawierający istotne postanowienia umowy. Wskazane postanowienia zdaniem Odwołującego nie uprawniały Zamawiającego do uznania, że oferta Odwołującego nie zawierająca wskazanego wzorca umowy, jest sprzeczna z treścią SIWZ. Powołał się w tym zakresie na orzecznictwo (KIO 320/12 i KIO 321/2 oraz KIO 297/11 i KIO 77/14), wskazując, że podstawą art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest jedynie merytoryczna niegodność oferty wykonawcy z treścią SIWZ. Zwrócił uwagę na to, iż załączany projekt umowy miał zawierać postanowienia zawarte w pkt III i IX specyfikacji oraz miałby być w nim zawarte postanowienia/zapisy z punktu XIX SIWZ, zatem w jego ocenie wystarczające było załączenie dokumentu w całości powielającego postanowienia SIWZ. Podkreślił, że Zamawiający nie określił żadnych dodatkowych wymagań odnoszących się do treści załączanego wzorca umowy, nie wskazał jakie ewentualne dodatkowe postanowienia umowy winny się znaleźć w załączanym wzorcu; takich wymagań w SIWZ brakowało. Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Odwołującego, nie mamy do czynienia z okolicznościami objętymi zakresem zastosowania normy wyrażonej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W jego ocenie oferowane przez niego świadczenie jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego,

a oferowane przez niego usługi spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego. W jego ocenie mamy co najwyżej do czynienia z rozbieżnością pomiędzy oczekiwanym przez Zamawiającego obowiązkiem załączenia wzorca umowy powielającego postanowienia

SIWZ, a treścią oferty wykonawcy (brak wzorca), jednak brak umowy powielającej treść SIWZ nie przesądza - jego zdaniem - jeszcze o tym, iż przedmiot zaoferowany przez Odwołującego w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia, a występujące niezgodności dotyczą istotnych elementów świadczenia. Według Odwołującego Zamawiający nie braku dokumentu może utożsamiać każdego wymaganego z niezgodnością treści oferty ze specyfikacją w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wskazując na orzecznictwo podkreślił, że pojęcia „zawartość oferty" nie można utożsamiać z pojęciem „treść oferty", a Izba wielokrotnie dawała wyraz przekonaniu, iż nie każdy brak wymaganego dokumentu pozwala na zastosowanie przywołanego powyżej przepisu w odniesieniu do dotkniętej takim brakiem oferty. Odwołujący podkreślił także, że w treści formularza ofertowego złożył następujące oświadczenie: „Akceptujemy *bez zastrzeżeń postanowienia umowy, zawarte w punkcie XIX SIWZ",* zatem zaakceptował w treści oferty wszelkie wymagania opisane przez Zamawiającego we wzorcu umowy - potwierdził zamiar wykonania świadczenia na warunkach zaproponowanych przez Zamawiającego w umowie. Brak było zatem w jego ocenie podstaw do stwierdzenia merytorycznej niezgodności jego oferty z wymaganiami Zamawiającego. Powołał się w tym względzie na orzecznictwo KIO (KIO 156/13, KIO/KD 94/14, KIO 2520/14, KIO 1250/13). Odwołujący podkreślił też, że Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty w żaden sposób nie sprecyzował, na czym miałaby polegać rzekoma niezgodność merytoryczna jego świadczenia z wymaganiami Zamawiającego. Nie określił, jakie to rozbieżności występują przy porównaniu przedmiotu oferowanego świadczenia z wymaganiami opisanymi w dokumentacji postępowania i ograniczył się w tym zakresie do lakonicznego stwierdzenia braku załączonego wzorca umowy. W ocenie Odwołującego brak wzorca umowy to niezgodność jedynie o charakterze formalnym. Powołał się na wyrok KIO w sprawie KIO 1691/09. W ocenie Odwołującego Zamawiający winien był co najwyżej wezwać go do złożenia wyjaśnień w sprawie niezałączonego wzorca umowy. Powołał się w tym zakresie na wyrok KIO w sprawie KIO 151/12 oraz KIO 103/13. Zamawiający natomiast ograniczył się jedynie do stwierdzenia wystąpienia formalnej niezgodności, nie podejmując nawet próby wyjaśnienia, a następnie wskazania, w jakim zakresie zaoferowana usługa nie odpowiada jego wymaganiom. Odwołujący przywołał także stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażone w wyroku z 23 lutego 2007 r. (sygn. akt X Ga 23/07), odnoszące się do formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp i podkreślił, że jego oferta przewiduje wykonanie całości przedmiotu

zamówienia, a Zamawiający w żaden sposób nie wskazał, jakie to jego oczekiwania co do przedmiotu świadczenia nie będą zaspokojone poprzez zawarcie umowy z Odwołującym, stąd też odrzucenie jego oferty narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący złożył do akt sprawy dodatkowe stanowisko w sprawie wyrażone w piśmie procesowym z dnia 11 stycznia 2016 r., w którym dodatkowo wskazał, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty powołał się na wyrok SO w Szczecinie z dnia 28 stycznia 2010 r. (II Ca 1211/09), który zapadł w odmiennym stanie faktycznym. Podkreślił, że w sprawie rozpoznawanej przez wskazany Sąd zamawiający wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą trzech dokumentów po rygorem odrzucenia oferty, tj.: oświadczenia wykonawcy, iż przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany zgodnie z obowiązującymi przepisami, instrukcją obsługi i terminami określonymi przez producenta danego typu aparatu i maski, oświadczenia wykonawcy, iż wbudowane części i materiały będą nowe i oryginalne zgodnie z dokumentacją techniczną producentów i będą posiadać udokumentowane certyfikaty oraz oświadczenia wykonawcy, iż aparat, który pozytywnie przejdzie przegląd będzie sprawny i gotowy do użycia. W ocenie Sądu Okręgowego w Szczecinie wskazane oświadczenia wykonawcy miały charakter prawnokształtujący i stanowią oświadczenie woli wykonawcy, iż przedmiot zamówienia wykonany zostanie w określony sposób. Brak takiego oświadczenia nie pozwalał na stwierdzenie, że wykonawca deklaruje wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zdaniem Odwołującego brak wzorca umowy nie skutkuje takimi konsekwencjami. Podkreślił, że brak wzorca umowy powielającego wymagania SIWZ nie może dowodzić braku zgodności oferty Odwołującego z wymaganiami Zamawiającego. Jego zdaniem Zamawiający nawet nie stara się wykazać na czym taka niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ miałby polegać,

ograniczając się jedynie do przypomnienia, iż zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie jest możliwe uzupełnienie dokumentów niezwiązanych ze spełnieniem warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego KIO wielokrotnie dawała wyraz przekonaniu, że brak załączenia parafowanego wzoru umowy powielającego treść SIWZ nie stanowi o niezgodności oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (przywołał orzeczenia: KIO UZP 228/10, KIO 1778/10, KIO 664/11). Zdaniem Odwołującego nie jest możliwe stwierdzenie niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ na podstawie niezłożonego wraz z ofertą wzoru umowy, Zamawiający bowiem nie może wskazać, jakie to oferowane przez Odwołującego warunki wykonywania zamówienia miałyby być niezgodne z jego wymaganiami. Brak informacji z założenia nie może stanowić podstawy do uznania niezgodności informacji z wymaganiami. Powołał się w tym zakresie na opinię Prezesa UZP zawartą w publikacji: „Wyniki przeprowadzonych w 2013 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień

Publicznych kontroli zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej" (UZP, 2014 r., str. 23). Odwołujący zwrócił także uwagę na to, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu doprecyzował, że w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania przez wykonawcę usług pocztowych, będących przedmiotem umowy, wykonawca będzie ponosić odpowiedzialność wobec Zamawiającego na zasadach określonych w ustawie Prawo pocztowe oraz w rozporządzeniu Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 26 listopada 2013 r. w sprawie reklamacji usługi pocztowej (Dz. U. z 2013 r. poz. 1468). Podkreślił przy tym, że przedmiotem zamówienia jest zestandaryzowana usługa, której warunki wykonywania są szczegółowo określone w przepisach prawa powszechnie obowiązującego i z całą pewnością opis przedmiotu zamówienia wraz z postanowieniami umownymi zawartymi w SIWZ są wystarczające do wykonywania przedmiotowego świadczenia. Zwrócił także uwagę, że zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp to na Zamawiającym spoczywał obowiązek przekazania wykonawcom istotnych dla stron postanowień umowy, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy. Podobnie też art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, że przedmiot zamówienia winien opisać zamawiający w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Uwzględniając powyższe, jego zdaniem, brak podstaw do twierdzenia, iż to wykonawca powinien określać szczegółowe warunki wykonywania przyszłego świadczenia. Obowiązkiem wykonawcy może być natomiast potwierdzenie, iż zamierza wykonać zamówienie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, co zostało jego zdaniem potwierdzone w treści złożonego przez Odwołującego formularza ofertowego, stąd nie zachodziły podstawy do odrzucenia jego oferty. W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał w całości odwołanie, wnosząc o jego uwzględnienie.

Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 5 stycznia 2016 r.), w której wniósł o oddalenie odwołania w całości i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego. Zamawiający podkreślił, że przywołane przez Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp orzecznictwo KIO dotyczy zupełnie innych stanów faktycznych i trudno się w nim doszukiwać analogii. Jego zdaniem wskazywanie przez Odwołującego, że umowa stanowi tylko powielenie zapisów SIWZ, nie może spotkać się z aprobatą Zamawiającego. Podkreślił, że to na wykonawcach spoczywał obowiązek opracowania projektu umowy z uwzględnieniem wymogów określonych w SIWZ i z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa. Inaczej jego zdaniem byłoby, gdyby to Zamawiający opracował projekt umowy – jednakowy dla wszystkich wykonawców, wówczas uchybienie Odwołującego można by jego zdaniem rozpatrywać w innych kategoriach. Nie do przyjęcia w ocenie Zamawiającego jest stanowisko Odwołującego, że

brak wzorca umowy to niezgodność jedynie o charakterze formalnym. Według Zamawiającego brak wzorca umowy to nie tylko brak zamieszczenia w nim oczekiwanych przez Zamawiającego zapisów SIWZ, jak również brak innych zapisów mających lub mogących mieć istotny wpływ na realizację zamówienia przez Odwołującego w ramach ułożonego stosunku prawnego stron na podstawie takiej umowy. W ocenie Zamawiającego stwierdzony brak stanowił rozbieżność merytoryczną złożonej przez Odwołującego oferty

z wymogami SIWZ. Na poparcie swojego stanowiska Zamawiający przywołał orzecznictwo (KIO 1474/15, KIO 945/15, KIO 1472/15, KIO 1474/15). Zamawiający podkreślił też, że treść oferty to nie tylko formularz ofertowy, ale wszystkie załączone do niej dokumenty, wymagane przez Zamawiającego, jak i inne załączone przez samego wykonawcę. W orzecznictwie KIO przyjmuje się zaś, że dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, dookreślające i uszczegółowiające jego zakres czy sposób wykonania – co do zasady są według Zamawiającego w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym – częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli, wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia. Według Zamawiającego trudno projektowi umowy odmówić waloru dokumentu wymagającego oceny merytorycznej zarówno pod kątem spełnienia wymagań określonych w SIWZ, jak również innych wymagań dotyczących zgodności z prawem, czego nie dostrzega Odwołujący, wskazując wyłącznie na jego formalny charakter. Zdaniem Zamawiającego brak projektu umowy, a co za tym idzie, brak zamieszczenia w nim określonych przez Zamawiającego wymagań uniemożliwiały dokonanie oceny merytorycznej całej oferty przez pryzmat wymogów SIWZ i wbrew twierdzeniem Odwołującego Zamawiający sprecyzował na czym polegała niezgodność oferty z SIWZ, wskazując właśnie na brak formularza umownego opracowanego przez Odwołującego. Odnosząc się do stanowiska Odwołującego o złożeniu oświadczenia o akceptacji bez zastrzeżeń postanowień umowy zawartych w pkt XIX SIWZ, co jego zdaniem wyczerpuje kwestie związane z umową, Zamawiający podkreślił, że oświadczenia tego nie można utożsamiać ze spełnieniem wszystkich warunków określonych przez Zamawiającego w SIWZ Podkreślił również, że Odwołujący złożył oświadczenie o zapoznaniu się z treścią SIWZ dla niniejszego zamówienia, wyjaśnieniami do SIWZ oraz jej zmianami i nie wniósł do nich żadnych zastrzeżeń, a jednym z wymogów SIWZ było właśnie złożenie wzorca umowy, uwzględniającego warunki SIWZ, który to wzorzec nie został dołączony do oferty Odwołującego, mimo iż w wykazie załączników do oferty został on wymieniony. Odnosząc się do drugiego zarzutu odwołania dotyczącego naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający podkreślił, że co do podstawy do wezwania do złożenia wyjaśnień przez Odwołującego sam Odwołujący ma wątpliwości, wskazując na „ewentualność zaniechania wezwania". Wskazał, że z przywołanego przepisu wynika

fakultatywność czynności, jakie zamawiający może podjąć wobec wykonawców. Także w stanie faktycznym niniejszej sprawy zdaniem Zamawiającego trudno doszukać się przesłanek takiego wezwania do złożenia wyjaśnień, skoro Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości odnośnie stwierdzonych braków i rodzaju uchybień w złożonej przez Odwołującego ofercie. Na poparcie swojego stanowiska Zamawiający powołał się na orzecznictwo (KIO 589/15, SO we Wrocławiu V Ga 7/1). I choć w niektórych stanach faktycznych – jak podniósł Zamawiający – orzecznictwo uznaje, że uprawienie Zamawiającego wnikające z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp może przerodzić się w obowiązek, to jednak w ocenie Zamawiającego w niniejszej sprawie nie zaistniały przesłanki do jego zastosowania.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania. Dodatkowo wskazał, że przez brak załączenia do oferty Odwołującego projektu umowy Zamawiający nie miał możliwości jakiejkolwiek oceny, ze względu na brak oświadczenia w tym zakresie wykonawcy, sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymogami określonymi w pkt III SIWZ, w szczególności wskazał tutaj na postanowienia pkt 4 i 5 pkt III SIWZ. Podkreślił też, że formularz oferty zawierał jedynie oświadczenie wykonawcy o akceptacji postanowień umowy zawartych w pkt XIX SIWZ, a formularz ten nie zawiera oświadczenia o akceptacji wymogów Zamawiającego określonych w pkt III SIWZ (opis przedmiotu zamówienia). Zamawiający wniósł także o zasądzenie na jego rzecz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę Izby w kwocie 118 zł na podstawie rachunku przedkładanego do akt sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy oraz w toku rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że przesłanka materialnoprawna do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i jest formalnie wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Zaskarżona w odwołaniu czynność Zamawiającego, polegająca na odrzucenia jego

oferty, wprost pozbawiała Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Tym samym Odwołujący w wystarczający sposób wykazał okoliczność pozbawienia go szans na uzyskanie niniejszego zamówienia, poprzez zaskarżoną w odwołaniu czynność Zamawiającego i wykazał się możliwością poniesienia przez niego szkody związanej z nie udzieleniem mu tego zamówienia.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający wszczął niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 7 grudnia 2015 r., zamieszczając na swojej stronie internetowej i w swojej siedzibie ogłoszenie o zamówieniu. Jednocześnie też ogłoszenie o tym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z tej samej daty.

Zamawiający w pkt VIII ppkt 4.1) SIWZ określił, iż do oferty wykonawcy ma zostać dołączony „Projekt *umowy w zakresie realizacji niniejszego zamówienia, zawierający postanowienia zawarte w pkt III i IX niniejszej Specyfikacji istotnych warunków zamówienia".* Pkt III SIWZ zawiera postanowienia dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, zaś pkt IX postanowienia dotyczące sposobu porozumiewania się Zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów, a także wskazania osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami. W tym przypadku zatem w pkt VIII ppkt 4.1) SIWZ chodziło o odesłanie zamiast do pkt IX do pkt XIX, który zawiera istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy. W pkt XVIII ppkt 3 SIWZ Zamawiający określił, że w terminie i miejscu wyznaczonym przez Zamawiającego, należy zgłosić się w celu podpisania umowy, zgodnej z projektem umowy, który do oferty załączył wykonawca oraz zgodnie z postanowieniami zawartymi w pkt III i IX (zapewne chodziło o pkt XIX) SIWZ.

Zamawiający jako załącznik nr 1 do SIWZ określił wzór formularza ofertowego, gdzie zawarte zostały m.in. oświadczenia:

w pkt 6): „Zapoznaliśmy *się z treścią Specyfikacji istotnych warunków zamówienia – dla niniejszego zamówienia, wyjaśnieniami do SIWZ oraz jej zmianami i nie wnosimy do nich* żadnych *zastrzeżeń"*

w pkt 7): „Akceptujemy *bez zastrzeżeń postanowienia umowy, zawarte w punkcie XIX – SIWZ".*

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 18 grudnia 2015 r., do Zamawiającego wpłynęły dwie oferty: Odwołującego oraz oferta wykonawcy Poczta Polska S.A.

Do oferty Odwołującego nie został załączony projekt umowy.

Zamawiający pismem z dnia 23 grudnia 2015 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty wykonawcy Poczta Polska S.A. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podkreślił, że wykonawca ten nie złożył wraz z ofertą projektu umowy, który zobowiązany był złożyć zgodnie z zapisami SIWZ – pkt VIII.4.1), XVIII.3 oraz XIX SIWZ. Zamawiający wskazał, że wymagany przez Zamawiającego projekt umowy nie podlega uzupełnieniu, gdyż zastosowanie procedury uzupełnienia dokumentów wymaga ścisłego wypełnienia przesłanek określonych w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a zgodnie z tym przepisem uzupełnieniu podlegają wyłącznie oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

a przedmiotowy projekt umowy nie zalicza się do kategorii dokumentów, mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Podkreślił, że powyższe znajduje swoje uzasadnienie w orzecznictwie KIO oraz sądów powszechnych (np. II Ca 1211/09), które jednolicie przyjmuje, że dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, dookreślające i uszczegółowiające jego zakres czy sposób wykonania, są częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia. W związku z powyższym zdaniem Zamawiającego oferta Odwołującego podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na to, iż jej treści nie odpowiada treści SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu zarzutu bezzasadności odrzucenia oferty Odwołującego jako sprzecznej z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), Izba uznała, że zarzut potwierdził się.

Podstawę odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego stanowił art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3

ustawy Pzp. Przywołany przepis wskazuje zatem na obowiązek, po stronie zamawiającego, odrzucenia oferty w przypadku stwierdzenia jej niezgodności merytorycznej z treścią SIWZ, która to niezgodność nie nadaje się do poprawienia. W oparciu o ten przepis Zamawiający nie może odrzucić oferty, jeżeli oferta wykonawcy zawiera określone sprzeczności z SIWZ, ale o charakterze formalnym. Przepis ten odnosi się bowiem do treści oferty, a więc do oświadczenia woli wykonawcy, które jest sprzeczne z treścią SIWZ.

Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego w oparciu o wskazaną podstawę prawną, powołał się na postanowienia pkt VIII.4.1), pkt XVIII.3 oraz pkt XIX SIWZ. Izba, odnosząc się do powyższego stwierdziła, że żaden z przywołanych powyżej wymogów SIWZ nie określa merytorycznych wymogów odnoszących się do sposobu spełnienia świadczenia objętego przedmiotem zamówienia, co do których wykonawca miałby w treści oferty określić w szczególny sposób swoje oświadczenie woli co do sposobu realizacji zamówienia, jego zakresu czy terminu. Wskazane postanowienia SIWZ w ocenie Izby określają jedynie wymogi formalne dotyczące złożenia oferty, których niespełnienie nie może w żadnej mierze świadczyć o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oczekiwał od wykonawców sporządzenia i złożenia projektu umowy. W postanowieniach SIWZ Zamawiający bowiem zawarł – zgodnie z wymogami określonymi w art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp – jedynie istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy. W wymogach formalnych SIWZ, dotyczących tego, jakie oświadczenia i dokumenty wykonawcy mają dostarczyć do oferty (pkt VIII SIWZ) Zamawiający wprowadził wymóg złożenia przez wykonawców wraz z ofertą projektu umowy. Określając wymogi co do tego projektu Zamawiający wyraźnie wskazał, że oczekuje jego sporządzenia, poprzez zawarcie w tym projekcie postanowień określonych w konkretnych punktach SIWZ, które odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia oraz istotnych postanowień umownych. Izba, dokonując analizy tych postanowień, ustaliła, że ani w postanowieniach dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, ani w postanowieniach zawierających istotne postanowienia umowne, Zamawiający nie określił żadnych wymogów, w świetle których wykonawca miałby określić samodzielnie sposób spełnienia świadczenia. Wymogi dotyczące opisu przedmiotu zamówienia wskazują na określone wymagania Zamawiającego odnoszące się do sposobu realizacji zamówienia, w tym - wskazywane przez Zamawiającego w trakcie rozprawy przed Izbą – postanowienia dotyczące placówek pocztowych. Zamawiający nie wskazał tam jednak żadnych wymogów, w świetle których wykonawca miały dookreślić ilość określonych placówek pocztowych, ich konkretne położenie, czy inne wymogi dotyczące sposobu realizacji usług pocztowych. Z tych też względów, uwzględniając wymaganie z pkt VIII ppkt 4.1) SIWZ, w projekcie umowy przygotowanym przez wykonawcę i załączonym

do oferty wprost należało zawrzeć postanowienia dotyczące opisu przedmiotu zamówienia wyartykułowane przez Zamawiającego w pkt III SIWZ. Podobnie sprawa ma się w przypadku postanowień określonych w pkt XIX SIWZ, gdzie Zamawiający zamieścił standardowe postanowienia umowne dotyczące m.in. podstawy rozliczeń pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą, zapłaty odsetek i odpowiedzialności za nienależyte wykonanie zamówienia, kontroli sposobu realizacji zamówienia, zmian do umowy w sprawie zamówienia publicznego. Analiza tych postanowień również nie prowadzi do wniosku, aby Zamawiający oczekiwał ukształtowania przez wykonawcę jakiś szczególnych postanowień, w oparciu o które będzie następowało spełnienie świadczenia objętego niniejszym zamówieniem. Tak więc również w tym przypadku wystarczającym wypełnieniem wymogu opisanego w pkt VIII ppkt 4.1) SIWZ było zawarcie w postanowieniach projektu umowy wprost postanowień z pkt XIX SIWZ, określonych przez Zamawiającego. W wymogu określonym w pkt XVIII.3 SIWZ, na który również powoływał się Zamawiający przy odrzuceniu oferty Odwołującego, określa się wymóg formalny, odnoszący się do samego aktu podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Z tych też względów w ocenie Izby, mając na względzie okoliczności faktyczne niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożenie przez wykonawców w postępowaniu projektu umowy, który miał zawierać przywołane przez Zamawiającego postanowienia określonych punktów SIWZ, należy traktować jedynie jako wymóg formalny, a nie odnoszący się do treści oferty. Niespełnienie tego wymogu zdaniem Izby nie może być oceniane w kategoriach art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Katalog przesłanek do odrzucenia oferty w postępowaniu ma charakter zamknięty i jest ściśle określony i przesłanka do odrzucenia oferty opisana w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp również wprost określa sytuację, w której zamawiający powinien odrzucić ofertę – jedynie w sytuacji gdy treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Podkreślić należy, że choć sam projekt umowy faktycznie reguluje zasady, na jakich dane zamówienie ma być realizowane i z natury rzeczy określa sposób spełnienia świadczenia, to jednak w niniejszym postępowaniu wszystkie postanowienia projektu umowy, których powielenia Zamawiający oczekuje w projekcie sporządzonym przez wykonawcę, zostały przez Zamawiającego w sposób konkretny, jednoznaczny i stanowczy określone. Stąd też oczekiwanie, aby wykonawca przepisał te postanowienia i ujął je w formie dokumentu, jakim jest projekt umowy, stanowi jedynie wymóg formalny, którego niespełnienie nie wypełnia dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający mógł oczekiwać od wykonawców złożenia w treści oferty (niekoniecznie najlepszym sposobem jest w tym względzie żądanie od wykonawcy przedłożenia projektu umowy wraz z ofertą, powyższego jednak Izba na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie ocenia) szczegółowych

oświadczeń woli co do sposobu, w jaki zamówienie będzie realizowane, albo też przedłożenia dokumentów przedmiotowych, które potwierdzałyby, że oferowane usługi spełniają konkretne wymogi SIWZ. Takich jednak wymogów Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie określił. Twierdzenia Zamawiającego, że Odwołujący nie złożył nigdzie w ofercie oświadczenia o akceptacji wymów SIWZ określonych w pkt III SIWZ, stąd też koniecznym było przedłożenie przez niego projektu umowy, nie zasługują na uwzględnienie. To że Zamawiający nigdzie w SIWZ nie przewidział konieczności złożenia w tym zakresie jakiekolwiek szczegółowego oświadczenia woli przez wykonawcę jest decyzją Zamawiającego, który przewidział taki, a nie inny sposób prowadzenia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe oczekiwanie Zamawiającego w żaden sposób nie wyrażone w treści SIWZ nie może w żaden sposób obciążać wykonawców. Złożenie przez Odwołującego sporządzonego według wymogów SIWZ projektu umowy również nie stanowiłoby takiego szczególnego oświadczenia woli wykonawcy odnośnie sposobu realizacji zamówienia. Sama wola wykonania zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ w tym pkt III, w którym Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia, wyrażona jest w treści złożonego formularza ofertowego. Zawarte jest tam bowiem oświadczenie, iż wykonawca oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia na świadczenie usług pocztowych dla jednostek organizacyjnych Gminy Niemodlin w latach 2016 -2017 zgodnie z warunkami podanymi w SIWZ za określoną w ofercie cenę ofertową. W tym miejscu zostało wyrażone zasadnicze oświadczenie woli wykonawcy o wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami

SIWZ. Nie bez znaczenia w tym zakresie jest także wymagane przez Zamawiającego i złożone w formularzu ofertowym oświadczenie o zapoznaniu się z treścią SIWZ, jej wyjaśnieniami i zmianami i nie wnoszeniu do nich żadnych zastrzeżeń oraz oświadczenie o akceptacji postanowień umowy zawartych w pkt XIX SIWZ. Skoro wskazane oświadczenia woli, w tym przede wszystkim zasadnicze, wskazane na wstępie, zostały złożone przez Odwołującego w treści jego oferty, a Zamawiający nie wymagał od wykonawców złożenia szczegółowych oświadczeń woli odnoszących się do szczegółowego sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, brak jest podstaw do twierdzenia, że mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, zaś brak przedłożenia projektu umowy należy traktować – jak wskazano powyżej – w kategoriach uchybień formalnych oferty, które nie mogą skutkować odrzuceniem oferty.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu, jako ewentualnego, zarzutu zaniechania przeprowadzenia w odniesieniu do oferty Odwołującego procedury wyjaśnień

---

treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, Izba w konsekwencji uwzględnienia wskazanego wyżej zarzutu odwołania uznała, że ten zarzut nie potwierdził się.

W pierwszej kolejności stwierdzić należało, że przywołany przepis wskazuje na uprawienie występujące po stronie Zamawiającego żądania wyjaśnień od wykonawcy, jeśli treść jego oferty budzi jakiekolwiek wątpliwości. Skoro jest to prawo, a nie obowiązek Zamawiającego, określonego zachowania się, w tym przypadku nie możemy mówić o naruszeniu wskazanego przepisu ustawy Pzp. W zaś drugiej kolejności wskazać należy, że skoro w wyniku rozpoznania wskazanego powyżej zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na jej niegodność pod względem formy, a nie treści z treścią SIWZ, Izba uznała, że potwierdził się jedynie brak formalny oferty Odwołującego, oczekiwanie przez wykonawcę wyjaśnień w tym zakresie od Zamawiającego przeczyłoby dyspozycji wskazanego przepisu ustawy Pzp. Art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje bowiem na możliwość żądania wyjaśnienia treści oferty wykonawcy. Z tych też względów Izba uznała, że wskazany zarzut nie potwierdził się.

Tym samym wskazane w treści odwołania naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp potwierdziły się.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp, uznając, że stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp ma wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. wybór oferty najkorzystniejszej, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Zamawiającego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 7 500,00 zł.

Przewodniczący: ……