

WYROK

z dnia 23 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Łukasza Klimkiewicza, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A i M Travel Transport Osobowy i Ciężarowy, Łukasz Klimkiewicz, zam. w Płońsku** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Sochocin**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
2. **kosztami postępowania obciąża Gminę Sochocin i nakazuje:**
 - 1) **zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 7.500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez Łukasza Klimkiewicza, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A i M Travel Transport Osobowy i Ciężarowy, Łukasz Klimkiewicz, zam. w Płońsku,**
 - 2) **dokonać wpłaty kwoty 7.500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) przez Gminę Sochocin na rzecz Łukasza Klimkiewicza, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A i M Travel Transport Osobowy i Ciężarowy, Łukasz Klimkiewicz, zam. w Płońsku, stanowiącej uzasadnione koszty Strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.**

1

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 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 **Płocku**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Gmina Sochocin, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie gminy Sochocin w sezonie zimowym 2011 rok”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 11 stycznia 2011 r., poz. 12551. Tego samego dnia została na stronie internetowej Zamawiającego zamieszczona specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

Pismem z dnia 2 lutego 2011 r., przekazanym za pośrednictwem poczty w dniu 4 lutego 2011 r. i doręczonym Odwołującemu w dniu 7 lutego 2011 r. Zamawiający zawiadomił Łukasza Klimkiewicza, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A i M Travel Transport Osobowy i Ciężarowy, Łukasz Klimkiewicz, zam. w Płońsku, zwanego dalej „Odwołującym” o odrzuceniu jego oferty i o unieważnieniu postępowania.

Dnia 11 lutego 2011 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec ww. czynności Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania podniósł, iż Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę

Odwołującego z powodu braku w dokumentach oferty załącznika nr 1 – zaakceptowanego projektu umowy. Wywodził, że niezłożenie w ofercie zaakceptowanego projektu umowy nie może być powodem do odrzucenia oferty, wobec złożonego przez Odwołującego oświadczenia, że „załączone do SIWZ wymagania stawiane wykonawcy oraz wzór umowy zostały przez nas zaakceptowane bez zastrzeżeń i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego”. Powyższe oświadczenie zostało złożone w formularzu oferty opracowanym przez Zamawiającego stosowanie do treści SIWZ pkt 17 „Umowa”, ppkt 18.2, zgodnie z którym „wykonawca akceptuje treść wzoru umowy na wykonanie przedmiotu zamówienia, oświadczeniem zawartym w treści formularza ofertowego”. Wskazywał, że Zamawiający odrzucił jedyną ofertę która została złożona w postępowaniu i unieważnił postępowanie w oparciu o błędną podstawę prawną tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, która jest podstawą do odrzucenia oferty. Wskazywał, że jego zdaniem złożona przez niego oferta jest zgodna z treścią SIWZ i brak jest przesłanek do unieważnienia postępowania.

W oparciu o powyższą argumentację Odwołujący wniósł o:

3

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 4) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 5) zwrot kosztów postępowania.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym w szczególności treści ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego, protokołu postępowania, odwołania, oraz oświadczeń złożonych podczas posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W myśl pkt 9.1. SIWZ, „*oferta wraz ze stanowiącymi jej integralną część załącznikami winna być sporządzona przez wykonawcę ściśle według wszystkich wymagań i postanowień niniejszej specyfikacji*”.

Zgodnie z postanowieniem pkt 18.1 SIWZ *Umowa zostanie zawarta według wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 1 do Specyfikacji*. W myśl pkt 18.2 SIWZ *Wykonawca akceptuje treść wzoru umowy na wykonanie przedmiotu zamówienia, oświadczeniem zawartym w treści formularza ofertowego*. Zgodnie z pkt 18.3 SIWZ *Postanowienia umowy ustalone we wzorze nie podlegają negocjacom*. *Przyjęcie przez Wykonawcę postanowień wzoru umowy stanowi jeden z wymogów ważności oferty*.

Odwołujący złożył jedyną ofertę w postępowaniu. W formularzu ofertowym oświadczył, iż *załączone do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymagania stawiane wykonawcy oraz wzór umowy zostały przez nas zaakceptowane bez zastrzeżeń i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego*.

Odwołujący nie złożył wraz z ofertą zaakceptowanego projektu umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

4

Ustalono również, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Ewentualne niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego, który jako jedyny złożył ofertę w postępowaniu, pozbawia go możliwości uzyskania danego zamówienia publicznego, a tracąc tę możliwość, może ponieść szkodę. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę odwołania określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego zarzucił naruszenie art. 7 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Rozpoznając zarzuty odwołania Izba w pierwszej kolejności zauważyła, iż - wbrew twierdzeniom Zamawiającego - w żadnym miejscu SIWZ nie zostało sformułowane wymaganie, aby wykonawcy wraz z ofertą złożyli zaakceptowany wzór umowy. Wniosku takiego nie można z całą pewnością wyprowadzić z brzmienia pkt. 9.1. SIWZ, zgodnie z którym „*oferta wraz ze stanowiącymi jej integralną część załącznikami winna być sporządzona przez wykonawcę ściśle według wszystkich*

wymagań i postanowień niniejszej specyfikacji”. Postanowienie to odsyła do innych wymagań i postanowień SIWZ i nie wynika z niego jednoznaczny obowiązek złożenia zaakceptowanego wzoru umowy. Wymóg ten nie wynika również bezpośrednio z pkt 18.3 SIWZ, który stanowi:

„*Postanowienia umowy ustalone we wzorze nie podlegają negocjacom. Przyjęcie przez Wykonawcę postanowień*

wzoru umowy stanowi jeden z wymogów ważności oferty”, albowiem w punkcie pkt 18.2 SIWZ

Zamawiający określił jednoznacznie sposób akceptacji postanowień wzoru umowy wskazując, iż *Wykonawca akceptuje treść wzoru umowy na wykonanie przedmiotu zamówienia, oświadczeniem zawartym w treści formularza ofertowego*

W ocenie Izby Zamawiający nie miał podstaw, by z przywołanego postanowienia pkt 9.1 SIWZ wywodzić obowiązek dla wykonawców do przedłożenia wraz z ofertą zaakceptowanego wzoru umowy. Nawet jednak, gdyby Zamawiający wprost zażądał w SIWZ, aby wykonawcy załączyli do składanych przez siebie ofert zaakceptowany wzór umowy, w przedmiotowym stanie faktycznym i prawnym wymaganie takie należałoby uznać za nadmierne i nieuzasadnione wobec jednoczesnego wymagania przez Zamawiającego złożenia przez wykonawcę oświadczenia o akceptacji wzoru umowy. Parafowany wzór umowy załączony do oferty, w sytuacji złożenia stosownego oświadczenia, nie stanowiłby o jej treści, a zatem nie podlegałby analizie pod względem zgodności z treścią SIWZ. Bez znaczenia pozostają również jakiegokolwiek zastrzeżenia czynione przez zamawiających w SIWZ, które przewidują zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w sytuacjach nie mieszczących się w hipotezie tego przepisu, np. niespełnienie

wymagań zamawiającego co do formy oferty, niezłożenie dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Użyte przez ustawodawcę w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp sformułowania „treść oferty” i „treść siwz” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy. Treść oferty natomiast 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. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp musi mieć uzasadnienie w merytorycznej ocenie oferty, a nie być skutkiem sformalizowanego podejścia do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ww. pogląd jest ugruntowany w orzecznictwie Izby (*por. m.in. wyrok KIO z dnia 8 września 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 883/08, wyrok KIO z dnia 6 marca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 151/08, wyrok KIO z dnia 30 marca 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 228/10*).

Merytorycznym wymogiem Zamawiającego wynikającym z SIWZ było to, 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 oferty albowiem w formularzu ofertowym Odwołujący złożył oświadczenie, iż akceptuje wzór umowy, zobowiązał się do zawarcia umowy w miejscu i terminie wskazanym przez Zamawiającego, zaś zgodnie z pkt 18.1 SIWZ umowa o zamówienie publiczne odpowiadać będzie załącznikowi nr 1 do SIWZ (wzór umowy).

Tym samym Izba stoi na stanowisku, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony

potraktował brak załączenia wzoru umowy do oferty jako niezgodność treści oferty z treścią SWZ, czym naruszył dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Takie działanie Zamawiającego jest nieuzasadnione, gdyż Odwołujący zawarł w swojej ofercie oświadczenie, że „załączone do *Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymagania stawiane wykonawcy oraz wzór umowy zostały przez nas zaakceptowane bez zastrzeżeń i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego*”. To oświadczenie wykonawcy przesądza o tym, że zakres jego zobowiązania wynikający z treści oferty odpowiada wymogom Zamawiającego

6

opisanym w SWZ, albowiem zaakceptował on w sposób wyraźny postanowienia wzoru umowy, wypełniając w ten sposób dyspozycję pkt 18.2 SWZ.

W wykonaniu wyroku Izby Zamawiający powinien unieważnić czynność odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzyć czynność badania i oceny ofert. Zasadnym jest również unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, albowiem nie zachodzi opisana w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przesłanka unieważnienia postępowania.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:

.....

7