Sygn. akt KIO 297/11

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 uiszczonego 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.

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:

……

Sygn. akt KIO 297/11

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, ze 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, wprzypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy wmiejscu 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 wtreści 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:

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 wtreści formularza ofertowego.* Zgodnie z pkt 18.3 SIWZ *Postanowienia umowy ustalone we wzorze nie podlegają negocjacjom. Przyjęcie przez Wykonawcę postanowień wzoru umowy stanowi jeden z wymogówważności oferty.*

Odwołujący złożył jedyną ofertę w postępowaniu. W formularzu ofertowym oświadczył, iż *załączone do Specyfikacji Istotnych WarunkówZamówienia wymagania stawiane wykonawcy oraz wzór umowy zostały przez nas zaakceptowane bez zastrzeżeń i zobowiązujemy się, wprzypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy wmiejscu 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.

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 negocjacjom. 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 jakiekolwiek 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 udzielnie 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 SIWZ, 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

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

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 1ustawy 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:

……