

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 sierpnia 2009 r

Sąd Okręgowy we Wrocławiu X Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Janusz Kaspryszyn

SSO Jolanta Bojko (spr.)

SSR (del.) Renata Szczerbowska

Protokolant: Dominika Olbert

Po rozpoznaniu w dniu 24 sierpnia 2009 r. we Wrocławiu

na rozprawie sprawy ze skargi Konsorcjum ABM POL-Dróg Legnica Sp. z o.o. w Legnicy (lider), Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Trakt-Partner w Sędziszawie

przy udziale przeciwnika skargi Konsorcjum Zbigniew Ziajka (lider), Maciej Wdowiak oraz zamawiającego Gminy Wrocław, Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. we Wrocławiu

o udzielenie zamówienia publicznego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 16 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 694/09

I. oddala skargę;

II. zasądza od skarżącego na rzecz przeciwnika skargi kwotę 900 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Za zgodność i oryginałem

Sygn. akt-XGa 213/09

UZASADNIENIE

W dniu 16 czerwca 2009 r. po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez Konsorcjum Przedsiębiorstwo Drogowe Zbigniew Ziajka, EUROMOSTY Maciej Wdowiak, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Gminę Wrocław i Miejskie Przedsiębiorstwo

Wodociągów i Kanalizacji we Wrocławiu, protestu z dnia 8 maja 2009 r. przy udziale Konsorcjum firm: „ABM POL - Dróg Legnica” Sp. z o.o. - lider Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych TRAKT - PARTNER Sędziszów zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, że uwzględni odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwo Drogowe Zbigniew Ziarka, EUROMOSTY Maciej Wdowiak oraz nakazuje ponowne dokonanie czynności: badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej i kosztami postępowania obciążyć Gminę Wrocław i Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji we Wrocławiu.

W uzasadnieniu KIO wskazała, że: Pełnomocnik zamawiających - Wrocławskie Inwestycje Sp. z o. o. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na budowę infrastruktury w otoczeniu Stadionu Piłkarskiego Euro 2012 we Wrocławiu oraz fragmentu połączenia skrzyżowania ulic Legnicka - Na Ostatnim Groszu ze Stadionem EURO 2012 przez Osiedle Kozanów - odcinek od przecięcia ul. Pilczyckiej do krańcówki przy planowanym Stadionie.

Odwołanie poprzedzone protestem wnieśli wykonawcy wspólnie obiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Przedsiębiorstwo Drogowe Zbigniew Ziarka we Wrocławiu oraz EUROMOSTY Maciej Wdowiak w Kłodzku. Odwołujący się zarzucił zamawiającemu: wadliwy wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie obiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ABM POL DRÓG Legnica Sp. z o. o. z siedzibą w Legnicy Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych TRAKT z siedzibą w Sędziszowie (dalej: KONSORCJUM ABM POL-DRÓG), gdyż oferta odwołującego się była ofertą najkorzystniejszą, w rozumieniu przepisu art. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, przy przyjęciu, że podlega sanowaniu lub uznaniu, że wolna jest od błędów; wadliwe odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z powodu nie przedłożenia jednej karty Formularza zawierającej 4 oświadczenia; naruszenie art. 82 ust. 3 Pzp przez błędne przyjęcie, że odwołujący się nie złożył wymaganych 4 oświadczeń; nierówne traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 Pzp); pominięcie w procesie orzekania o proteście jednego z zamawiających - MPWIK we Wrocławiu, będącego odrębnym od Inwestycji Wrocławskich Sp. z o. o. podmiotem obrotu gospodarczego. Odwołujący się wniósł o uchylenie zaskarżonych rozstrzygnięć i nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wskazał, że nie złożył jednej karty Formularza oferty, zawierającej oświadczenia ujęte w pkt 4.4, 4.5, 4.7, 4.9 jednak pominięte punkty Formularza (wskazane przez zamawiającego jako przyczyna odrzucenia oferty) zawierają się w oświadczeniu w pkt. 4.1 i 4.2. Odwołujący się podkreślił, że skoro zobowiązał się wykonać zamówienie zgodnie z siwz, to zaakceptował wszystkie wynikające z niej warunki i tym samym złożył wszystkie wymagane oświadczenia (wnioskowanie z większego na mniejsze). Oceniał, że został wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt.3 Pzp, mimo braku wskazania tego przepisu w informacji, co doprowadziło do naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp i art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp. W ocenie odwołującego się zamawiający błędnie przyjął, że odwołujący się nie złożył wymaganych 4 oświadczeń, gdy wszystkie elementy składające się na komplet oświadczeń były zamieszczone w treści oferty i możliwa była do ustalenia treści tych oświadczeń przez zapoznanie się z treścią innej części oferty. Wywiódł, że alternatywnie zamawiający winien zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, wezwać wykonawcę, który nie przedłożył wymaganych oświadczeń, do ich złożenia w wyznaczonym terminie albo wg art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp poprawić niezgodności o charakterze nieistotnym, czego nie dokonał. Uzasadniając zarzut nierównego traktowania wykonawców odwołujący się podniósł, że zamawiający był zobowiązany podjąć działania sanujące nieistotną pomyłkę w jego ofercie, czego nie uczynił podczas, gdy pismem z dnia 17.04.2009 r. na podstawie art.26 ust.3 i 4 Pzp wezwał KONSORCJUM ABM POL-DRÓG do uzupełnienia i poprawienia obszernych elementów oferty - wykazania wymaganego doświadczenia dla kierownika robót sanitarnych oraz uzupełnienie warunku doświadczenia Projektanta drogowego. W odwołaniu zakwestionował również prawidłowość oceny kandydatury Grzegorza Sulkowskiego, zarzucił również, że zamawiający dokonał poprawy wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy w ofercie KONSORCJUM ABM POL-DRÓG z kwoty 226 tys. zł na kwotę 2,26 mln zł, na podstawie zadeklarowania w innej części oferty 10% wysokości wartości oferty oraz jako konsekwencję poprawek dokonanych w innych miejscach oferty, podczas gdy odmówił uznania prawidłowości oferty odwołującego się, mimo zadeklarowania akceptacji siwz oraz

wniesienia wadium na cały okres związania ofertą. Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych. Zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu stwierdził, że brak wymaganych dziewięciu z trzynastu oświadczeń stanowi istotną zmianę w treści oferty, co nie podlega poprawieniu. Zamawiający podniósł, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie następuje przez przystąpienie, za kluczowe uznał brak wskazania, z której części oferty, z jakiego innego oświadczenia, zamawiający mógłby powziąć wiedzę o tym, że w przypadku uznania oferty odwołującego się za najkorzystniejszą zobowiązuje się on się zawrzeć umowę w miejscu i terminie, jakie zostaną wskazane przez zamawiającego oraz zobowiązuje się zabezpieczyć umowę zgodnie z treścią pkt. 12 ID W. Za niezrozumiały uznał zamawiający zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp. Przepis ten dotyczy uzupełniania braków o charakterze podmiotowym, a nie elementów oferty. Podstawą do odrzucenia oferty był art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, za chybiony uznał zamawiający zarzut naruszenia art. 7 ust. 1. Pzp, gdyż KONSORCJUM ABM POL-DRÓG zostało wezwane do uzupełnienia dokumentów podmiotowych.

KONSORCJUM ABM POL-DRÓG przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, uczestnicząc wcześniej w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Podniósł, że przyczyną odrzucenia oferty odwołującego się były merytoryczne, a nie formalne braki oferty. Wskazał, że warunki realizacji umowy stanowią treść oferty a uzupełnienie informacji stanowiących treść oferty (którymi są oświadczenia pominięte w Formularzu przez odwołującego się) doprowadziłyby do niedopuszczalnej zmiany treści oferty. Przystępujący za nieuprawniony uznał pogląd, że złożenie oświadczenia o akceptacji siwz zastępuje oświadczenia wymagane przez zamawiającego.

Izba ustaliła, że ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dz.U. U.E. pod numerem 2009/S 9-011527 w dniu 21.01.2009 r. Zamawiający pismem z dnia 29.04.2009 r. odrzucił ofertę odwołujący się z powodu pominięcia oświadczeń ujętych w pkt 4.4, 4.5, 4.7, 4.9 Formularza oferty - wzoru stanowiącego załącznik do siwz. Odwołujący się nie złożył oświadczeń, zgodnie z którymi wykonawca: a. zrealizuje przedmiot zamówienia w terminie wskazanym w punkcie 8 IDW (pkt. 4.5 Formularza); b. oferta ważna jest przez 60 dni (pkt. 4.4 Formularza); c. akceptuje warunki płatności określone we wzorach umowy (pkt. 4.7 Formularza); d. w przypadku uznania oferty za najkorzystniejszą umowę zobowiązujemy się zawrzeć w miejscu i terminie, jakie zostaną wskazane przez zamawiającego oraz zobowiązujemy się do zabezpieczenia umowy zgodnie z treścią pkt. 12 IDW (pkt. 4.9

Formularza). Strona 2 pkt 4 Formularza oferty odwołującego się zawiera oświadczenie: 4.Ja (my) niżej podpisany (i) oświadczam (y), że: 4.1 .zapoznałem się z treścią SIWZ dla niniejszego zamówienia i nie wnoszę do niej uwag, 4.2. gwarantuję wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji. Strona 73 oferty odwołującego się zawiera kopię gwarancji wadialnej z dnia 1.04.2009r. wystawionej przez HDI GERLING POLSKA towarzystwo Ubezpieczeń S.A. ważnej od dnia 3.04.2009r. do dnia 2.06.2009 r. Zamawiający pismem z dnia 25.05.2009r. wezwał odwołującego się, aby przedłużył okres ważności wadium, co odwołujący się uczynił, składając jednocześnie oświadczenie o terminie związania ofertą. Powyższe Izba ustaliła na podstawie siwz, oferty odwołującego się oraz powoływanych pism.

Przy tak ustalonym stanie faktycznym Izba uznała, że Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż złożył ofertę zawierającą najniższą cenę, a potwierdzenie zarzutów odwołania da mu możliwość uzyskania zamówienia. Izba wskazała na granice rozpoznania odwołania. Podstawę faktyczną rozpoznania odwołania stanowi nie złożenie oświadczeń z pkt 4.4, 4.5, 4.7 i 4.9 Formularza oferty. Wskazanie przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu pozostałych oświadczeń, których odwołujący się nie złożył, nie może być wzięte pod uwagę przez Izbę, gdyż z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, nie mogły być objęte zarzutami protestu. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp podniesiony przez odwołującego się w proteście Izba rozpoznała w zakresie wezwania KONSORCJUM ABM POL-DRÓG do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp z pominięciem dokonania poprawienia w ofercie KONSORCJUM ABM POL-DRÓG wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz uprawnień Grzegorza

Sułkowskiego. Okoliczności te były podniesione w odrzuconym przez zamawiającego proteście Konsorcjum, którego liderem jest Heilit + Woemer Budowlana Sp. z o.o. i nie stanowiły podstawy faktycznej zarzutu protestu odwołującego się. Ustalając podstawę faktyczną rozpoznawanych zarzutów Izba miała na względzie art. 191 ust. 3 Pzp wyłączający możliwość orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście oraz, że samo powołanie przepisów ustawy Pzp nie tworzy zarzutu. Zarzut stanowi wskazanie czynności, bądź zaniechania przez zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp) oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. Z tego względu wskazanie w odwołaniu pominięcia przy rozstrzygnięciu protestu MPWiK nie może być uznane za zarzut, z uwagi na brak subsumpcji przywoływanej okoliczności do normy wynikającej z przepisu ustawy Pzp a podniesienie go na rozprawie w postaci pominięcia MPWiK w trakcie czynności badania i oceny ofert, nakazuje traktowanie go jako nieobjętego zarzutami protestu oraz złożonego z uchybieniem terminu ustawowego. Izba nie dała również wiary odwołującemu się, że nie miał możliwości uzyskania wiedzy o powyższych okolicznościach przed datą wniesienia protestu. Skoro inni wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego (Konsorcjum, którego liderem jest Heilit + Woemer Budowlana Sp. z o.o.) wiedzę tę powzięli i uczynili z niej podstawę swego protestu, to brak jest podstaw do przyjęcia, że odwołujący się takiej możliwości był pozbawiony. Odwołanie zdaniem KIO zasługuje na uwzględnienie, mimo że nie wszystkie zarzuty znalazły potwierdzenie. Art. 36 ust. 1 Pzp stanowi minimalne wymagania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym termin wykonania zamówienia (pkt 4), termin związania ofertą (pkt 9), informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy (pkt 14) oraz istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach (pkt 16). Sporne elementy oferty odwołującego się stanowią zatem elementy siwz. Oświadczenie

wskazane w pkt 4.1 Formularza stanowi oświadczenie akceptujące treść siwz w całości. Oświadczony wprost przez odwołującego się, w pkt 4.1. formularza brak uwag do treści siwz nakazuje uznać za chybiony pogląd, że odwołujący się treści siwz nie zaakceptował. Przedmiotem sporu jest, czy w ofercie wymagania zamawiającego zawarte w siwz znalazły swój należyty wyraz. Skoro odwołujący się wymagania zawarte w siwz zaakceptował, uczynił to również w odniesieniu do stanowiących z mocy prawa elementy sine qua non siwz:

terminu związania oferta terminu podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W odniesieniu do pominiętego, w oświadczeniu zawartym w pkt 4.4, Formularza oferty, terminu związania oferta wskazać należy na art. 85 ust. 1 Pzp, który stanowi, że wykonawca jest związany oferta do upływu terminu określonego w siwz. Fakt związania wykonawcy oferta przez okres ustalony przez

zamawiającego następuje zatem ex lege, przez fakt złożenia oferty. Skoro odwołujący się w odpowiedzi na siwz przewidującą 60-dniowy termin związania ofertą złożył ofertę, to związał się nią wobec zamawiającego na cały okres wskazany w siwz, skoro z treści oferty nie wynika inny termin. Powyższe przesądza, iż brak oświadczenia wskazanego w pkt 4.4. formularza oferty nie powoduje niezgodności treści oferty odwołującego się z siwz. Izba nie podzieliła poglądu, że wobec braku wskazania długości okresu związania ofertą nie jest możliwe uzyskanie zabezpieczenia z wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Po pierwsze, z uwagi na abstrakcyjny, oderwany od stosunku podstawowego charakter zobowiązania wynikającego z gwarancji, brak złożenia oświadczenia o terminie związania ofertą, nie uniemożliwia zamawiającemu dochodzenia praw wynikających z gwarancji, a data ważności gwarancji wskazana w jej treści odpowiada okresowi 60-dniowemu. Pośilkowo wskazać należy, że zamawiający dokonując wezwania do przedłużenia okresu ważności wadium uznał, że odwołujący się jest związany swoją ofertą. W ocenie Izby złożenie wraz z pismem przedłużającym wadium oświadczenia o terminie związania ofertą jest, z uwagi na wyżej przedstawioną argumentację prawną nierelevantne dla oceny zarzutu. Odnosnie pominięcia oświadczeń wskazanych w pkt 4.4. i 4.7 Formularza oferty wskazać należy, że w oświadczeniu zawartym w pkt 4.2 Formularza odwołujący się zobowiązał się do wykonania

umowy zgodnie z siwz, zatem również w wymaganym terminie oraz wg ustalonych we wzorze umowy warunków płatności. Termin wykonania zamówienia oraz wzór umowy są na mocy art. 36 ust. 1 pkt 4 i 16 części siwz. Z treści art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp wynika, że wzór umowy stanowi wymaganie zamawiającego, aby wykonawca zawarł z nim umowę na warunkach określonych we wzorze. Wzór umowy nie podlega negocjacjom, ewentualne zmiany następują w sformalizowanym trybie wyjaśnienia treści siwz lub w wyniku wniesienia środków ochrony prawnej. W tym kontekście umowa w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji w której zamawiający ustalił treść wzoru umowy, może być uznana za *sui generis* umowę adhezyjną, zawieraną przez przystąpienie, bez możliwości negocjacji po złożeniu oferty. Możliwość negocjacji umowy występuje natomiast w sytuacji, gdy zamawiający zamieścił w siwz jedynie istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści umowy w sprawie zamówienia publicznego (wówczas uzgodnione mogą być *accidentalia negotii* -elementy nie konstytuujące danego typu umowy), ogólne warunki umowy (uzgodnienie możliwe jest wówczas w obszarze doprecyzowywania warunków) oraz w razie wyboru negocjacyjnego trybu udzielenia zamówienia publicznego. W sprawie nie zachodzi żadna ze wskazanych możliwości. Oświadczenie złożone przez odwołującego się w pkt 4.2 Formularza oferty uznała Izba za wystarczające dla uznania, że odwołujący się zobowiązał się do wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, w wymaganym terminie oraz wg ustalonych we wzorze umowy warunków płatności. Izba wskazała, że nie dopatrzyła się zagrożenia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w wyznaczonym przez zamawiającego terminie oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy zgodnie z treścią pkt. 12 IDW z racji braku złożenia oświadczenia wskazanego w pkt 4.9

Formularza oferty. Ponowić należy argumentację przedstawioną wyżej dot. akceptacji treści siwz, z uwagi na fakt, że informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowią z mocy art. 36 ust. 1 pkt 14 Pzp część siwz. Izba wskazała, że z samego faktu złożenia tego oświadczenia, o zobowiązaniu do zawarcia umowy w wyznaczonym terminie, nie wypływa dla zamawiającego żadna dodatkowa ochrona. Tak jak oświadczył zamawiający na rozprawie, nawet w przypadku nie podpisania umowy w wyznaczonym przez zamawiającego terminie lub nie wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, przez wykonawcę, który oświadczenie wskazane w pkt 4.9. Formularza oferty złożył, zamawiający podejmie wyłącznie działania przewidziane w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych - uzna, że wykonawca uchyla się od zawarcia umowy, zgodnie z art. 94 ust. 2 Pzp może wybrać bez przeprowadzenia ponownej oceny, ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert oraz zatrzymać wadium. Z powyższych względów dla uznania spełnienia wymagań zawartych w pkt. 4.9. Formularza wystarczające jest złożenie oświadczenia wskazanego w pkt 4.1 Formularza. Ciężar udowodnienia przesłanek odrzucenia oferty odwołującego się spoczywa na zamawiającym, gdyż on ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny (art. 188 ust. 1 Pzp). Izba stwierdziła, że zamawiający nie wykazał i nie udowodnił istotności pominiętych przez odwołującego się oświadczeń, w szczególności, że pominięcie któregośkolwiek z nich powoduje dla zamawiającego zagrożenie w zakresie zawarcia umowy lub realizacji przez wybranego wykonawcę zawartej umowy zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje formalizm, ma on jednak na celu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej przy zachowaniu zasad udzielania zamówień publicznych zwłaszcza uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę dającego rękojmię należytego wykonania umowy oraz najkorzystniejszej w sensie materialnym, wskazanym w art. 91 ust. 1 i 2 Pzp tj. najkorzystniejszej wg kryteriów wskazanych w siwz i odnoszących się do przedmiotu zamówienia, a nie wyłącznie oferty najbardziej poprawnej pod względem formalnym. W ocenie Izby wystarczające dla spełnienia wymogów zawartych w siwz było złożenie przez odwołującego się oświadczeń zawartych w pkt 4.1. i 4.2 Formularza oferty. Zamawiający nie powinien przez mnożenie wymagań formalnych, które nie są niezbędne dla prawidłowego przebiegu postępowania oraz nie dają mu żadnej dodatkowej ochrony, doprowadzać do sytuacji odrzucenia oferty wyłącznie z powodu powyższych wymagań formalnych. Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Ustawodawca rozróżnia oferty od oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (arg. z art. 44 Pzp) - dokumentów o charakterze podmiotowym oraz od potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych w siwz - dokumenty o charakterze

przedmiotowym (art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp) Uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 podlegają wyłącznie dokumenty podmiotowe i przedmiotowe a zastosowanie tego trybu w odniesieniu do spełnienia przez ofertę merytorycznych wymagań zamawiającego nie jest dopuszczalne. Oferta podlega bowiem wyjaśnieniu w zakresie treści zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp poprawieniu zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp oraz interpretacji. Czynność oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu jest odrębnym działaniem zamawiającego od czynności badania i oceny oferty (arg. z art. 20 ust. 1 Pzp) zatem nie można mówić o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w sytuacji, gdy zamawiający w ramach spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu wykonał względem KONSORCJUM ABM POL-DRÓG obowiązek wynikający z art. 26 ust. 3 Pzp a dopuścił się błędu w czynnościach badania oferty odwołującego się. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp winien dotyczyć działania zamawiającego w ramach jednej czynności w postępowaniu.

Izba stwierdziła, że w okolicznościach sporu wystarczające jest złożenie przez odwołującego się oświadczeń wskazanych w pkt 4.1. oraz 4.2 Formularza oferty. Zatem zdaniem KIO Zamawiający wadliwie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, a czynność odrzucenia oferty odwołującego się narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 82 ust. 3 Pzp. Naruszone przepisy miały wpływ na wynik sprawy. Izba działając na podstawie art. 191 ust. 1 oraz art. 191 ust. 1 a Pzp uwzględniła odwołanie. Na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty odwołującego się oraz nakazała dokonanie ponownego badania i oceny oferty oraz odrzucenia oferty odwołującego się oraz nakazała dokonanie ponownego badania i oceny oferty oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyników postępowania, (k. 133-143)

Skargę na wyrok KIO Konsorcjum firm ABM POL-DRÓG Legnica Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych TRAKT. Wyrok został zaskarżony w całości, a skarżący zarzucił:

1. naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, 91 ust 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp przez ich niewłaściwe zastosowanie tj. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert podczas, gdy oferta Odwołującego podlega odrzuceniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
2. naruszenie art. 85 ust 1 Pzp poprzez błędną jego wykładnię tj. przyjęcie, że Wykonawca, który nie złożył oświadczenia o terminie związania ofertą, jest nią związany ex lege w przypadku zaakceptowania przez niego postanowień siwz;
3. naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na treść orzeczenia tj. art. 188 ust. 7 Pzp polegające na błędnych ustaleniach faktycznych;
 - a) treść oświadczeń zawartych w punktach 4.4, 4.5 i 4.9 formularza oferty mieści się w treści oświadczeń, o których mowa w punktach 4.1 i 4.2 formularza oferty podczas gdy treść oświadczenia, o którym mowa w punkcie 4.4, 4.5, 4.7 i 4.9 formularza oferty nie mieści się w zakresie oświadczeń o których mowa w punktach 4.1 i 4.2 formularza oferty;
 - b) z oświadczeń, o których mowa w punktach 4.1 i 4.2 formularza oferty wynika, że Wykonawca jest związany ofertą podczas, gdy oświadczenie o terminie związania ofertą określono w punkcie 4.4 formularza oferty;
 - c) brak oświadczeń zawartych w punktach 4.4, 4.5 i 4.9 formularza oferty nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią siwz;
 - d) złożenie oświadczenia o treści określonej w punkcie 4.2 formularza oferty stanowi o zobowiązaniu Przeciwnika skargi do wykonania umowy w wymaganym terminie oraz według ustalonych we wzorze umowy warunków płatności podczas gdy stanowi ono jedynie o zobowiązaniu do wykonania przedmiotu zamówienia bez wskazania terminu i warunków płatności;
 - e) złożenie oświadczenia o treści określonej w punkcie 4.1 i 4.2 formularza oferty stanowi o zobowiązaniu Przeciwnika skargi do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w

wyznaczonym przez Zamawiającego terminie oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy zgodnie z treścią punktu 12 instrukcji dla wykonawców podczas, gdy samo zaakceptowanie postanowień siwz i zagwarantowanie wykonania zamówienia nie oznacza zobowiązania do zawarcia umowy w wyznaczonym terminie oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Przy takich zarzutach skarżący wniósł o uwzględnienie skargi, zmianę zaskarżonego wyroku i rozpatrzenie przez Sąd sprawy co do istoty zgodnie z art. 198 ust. 2 zdanie drugie

Pzp, a w konsekwencji oddalenie odwołania oraz o obciążenie Przeciwnika skargi kosztami postępowania przed Sądem Okręgowym w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu skargi skarżący wskazał, że zaskarżone rozstrzygnięcie KIO stanowi naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, 91 ust 1 ustawy Pzp, art.7 ust.1 ustawy Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie tj. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert podczas, gdy oferta Odwołującego podlega odrzuceniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Pismem z dnia 29 kwietnia 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia o wynikach oceny złożonych ofert. Za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę Skarżącego. Oferta Przeciwnika skargi została odrzucona, ponieważ nie zawierała oświadczeń z punktu 4.4, 4.5, 4.7 i 4.9 Formularza oferty. Przeciwnik skargi nie zgodził się z decyzją Zamawiającego i w proteście, a następnie odwołaniu wskazał, że składając oświadczenie zawarte w punkcie 4.1 i 4.2 Formularza oferty sanował brak oświadczeń, o których mowa powyżej. KIO w zaskarżonym wyroku uznała, że sporne elementy oferty Przeciwnika skargi stanowią elementy *sine qua non* SIWZ, a co za tym idzie oświadczenie akceptujące jego treść dotyczy wszystkich elementów wskazanych w art. 36 ust 1 ustawy Pzp. I. Zdaniem KIO fakt związania wykonawcy ofertą przez okres ustalony przez Zamawiającego następuje *ex lege*, przez fakt złożenia oferty. W ocenie KIO, skoro Przeciwnik skargi w odpowiedzi na SIWZ przewidującą 60-dniowy termin związania ofertą złożył ofertę, z której nie wynika inny termin związania ofertą, to związał się nią wobec Zamawiającego na cały okres wskazany w SIWZ. Powyższe rozumowanie jest zdaniem skarżącego błędne. KIO w wyroku z dnia 6 lutego 2009r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 119/09 wskazuje na fakt, że ustawa - P.z.p. nie przewiduje innych form składania oświadczeń w postępowaniach odbywających się na jej podstawie, nie dopuszcza domniemań, iż oświadczenie o danej treści zostało złożone lub innych dorozumianych form składania oświadczeń. Skład orzekający Izby zwrócił uwagę na treść art. 9 ust. 1 ustawy - P.z.p., zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Żaden z przepisów ustawy - P.z.p. nie przewiduje wyjątku w przypadku konieczności złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Podobnie wyjątku takiego nie przewiduje ustawodawca w przypadku określenia terminu związania ofertą. Ustawodawca wprowadza termin związania ofertą w celu ochrony interesów Zamawiającego i zagwarantowania pewności, że wybrany przez niego wykonawca, na wezwanie Zamawiającego zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego w tym terminie. Ustawa Pzp daje Zamawiającemu szereg instrumentów wzmacniających tę pewność. Wskazać należy w szczególności na konieczność wykluczenia wykonawcy, który nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą, czy też niemożność wycofania oferty po upływie terminu składania ofert. Przedłużenie terminu związania ofertą jest nierozdzielnie związane z jego wcześniejszym skutecznym rozpoczęciem. Trudno zgodzić się zatem z tezą wyrażoną w zaskarżonym wyroku, że wykonawca związany jest ofertą *ex lege* bez konieczności składania odpowiedniego oświadczenia, poprzez samo złożenie oferty. Przyjęcie takiego domniemania musiałoby znaleźć wyraz w przepisach. Skoro ustawodawca nie konstruuje takiego domniemania, nie sposób przyjąć, że termin związania ofertą, w przypadku braku odmiennych zastrzeżeń, jest równy temu określone w SIWZ. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest swego rodzaju podstawą, punktem wyjściowym dla dalszych etapów tego postępowania. Dlatego ustawodawca tak dokładnie i rygorystycznie określa elementy jakie muszą znajdować się w SIWZ. Ma to szczególne znaczenia z punktu widzenia wykonawcy, który z uwagi na sformalizowanie tego postępowania właśnie z SIWZ dowiaduje się o istotnych elementach, które mają wpływ na przebieg całego postępowania. Zgodnie z art. 36 ust 1 pkt 9) specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera m.in. termin związania ofertą. Nie

oznacza to jednak, że to zamawiający oświadcza wykonawcom, że poprzez złożenie oferty automatycznie (*ex lege*) są nią związani przez określony w specyfikacji okres. Oznacza to, że inaczej niż przewidują to zapisy k.c. to zamawiający, nie wykonawca, uprawniony jest do określenia terminu koniecznego do przeprowadzenia czynności zmierzających do zawarcia skutecznej umowy i wskazania tego terminu wykonawcom i SIWZ. Rozwiązanie takie podyktowane jest specyfiką postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, które cechuje się wysokim stopniem sformalizowania, a poszczególne jego etapy co do zasady odbywają się w ściśle określonych terminach. Ustawa Pzp wskazuje Zamawiającego jako podmiot właściwy do ustalenia terminu do zawarcia umowy, jako podmiotu, który ma największą wiedzę o przebiegu postępowania. Jednakże podmiotem obowiązany do złożenia odpowiedniego oświadczenia o fakcie związania ofertą i jego ostatecznej długości jest Wykonawca. Akceptując, zatem argumentację wskazaną w zaskarżonym wyroku, należałoby przyjąć, że Zamawiający bezwzględnie określa termin związania ofertą w stosunku do wszystkich podmiotów składających ofertę. Każde odmienne niż w SIWZ określenie terminu związania ofertą musiałoby zostać uznane za nieskuteczne, ponieważ Wykonawca związany jest ofertą dokładnie przez okres wskazany przez Zamawiającego w SIWZ. Brak oświadczenia o terminie związania ofertą powoduje konieczność odrzucenia oferty Wykonawcy, jako niezgodnej co do swej treści z treścią SIWZ. Samo wskazanie, że Wykonawca akceptuje warunki SIWZ nie wyczerpuje w swej treści i formie, oświadczenia o długości terminu związania ofertą. Oświadczenie o zapoznaniu się z treścią SIWZ dla niniejszego zamówienia jest bez wątpienia oświadczeniem wiedzy. Oświadczenie o tym, że Wykonawca nie wnosi uwag do SIWZ jest deklaracją, że specyfikacja w tym kształcie jest zdaniem Wykonawcy do zaakceptowania i nie będzie przedmiotem jakichkolwiek zarzutów w przyszłości. Nie oznacza to jednak, że oświadczenie to zastępuje takie braki w ofercie jak termin wykonania zamówienia, czy termin związania ofertą. Powołanie się przez Krajową Izbę Odwoławczą na art. 85 ust 1 ustawy Pzp, który stanowi, że wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w SIWZ, w kontekście związania ofertą przez ten okres *ex lege*, wskazuje na błędną interpretację tego przepisu. Przepis art. 85 ust 1 ustawy Pzp określa jedynie, kto określa termin związania ofertą i gdzie należy zamieścić informację o tym terminie i, że oświadczenie woli Wykonawcy o terminie związania ofertą powinno obejmować właśnie ten okres, który został wskazany w SIWZ. Przepis ten nie może być źródłem domniemania, że związanie ofertą następuje *ex lege*. Nie można zatem uznać za słuszne twierdzeń zawartych w skarżonym wyroku, że skoro Przeciwnik skargi w odpowiedzi na SIWZ przewidując 60-dniowy termin związania ofertą złożył ofertę, to związał się nią wobec zamawiającego na cały okres wskazany w SIWZ. Powyższe stanowisko KIO jest błędne, ponieważ w treści oferty brak jest oświadczenia, że oferta jest ważna przez 60 dni. Termin związania ofertą oraz okres na jaki wniesiono wadium są nierozdzielnie związane. Świadczyć o tym może chociażby art. 85 ust 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Nie jest to równoznaczne z tym, że terminy te są tożsame, przeciwnie gdyby taka była intencja ustawodawcy, ww. norma byłaby zbędna, podobnie jak przepis o przedłużaniu terminu związania ofertą. Dochodzenie praw wynikających z gwarancji wadialnej jest możliwe tylko w terminie związania ofertą. Błędny jest, zatem twierdzenie KIO, iż pomimo braku wskazania długości okresu związania ofertą jest możliwe uzyskanie zabezpieczenia z wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Charakter zobowiązania wynikający z gwarancji wadialnej jest w pewnym sensie oderwany od stosunku podstawowego i na wezwanie Zamawiającego gwarant niewątpliwie zaspokoiliby jego roszczenia, ale nie przeszkodziłoby to Konsorcjum, którego liderem jest Przedsiębiorstwo Drogowe Zbigniew Ziarka dochodzić roszczenia regresowego od Zamawiającego, powołując

się właśnie na okoliczność, iż nie zostało złożone oświadczenie o związaniu ofertą. Z treści art. 85 ust. 4 Pzp wynika, że konieczna jest jednoczesność złożenia oświadczenia woli o związaniu ofertą oraz wniesienie gwarancji wadialnej. *A contrario* należy zdaniem Skarżącego wywieść, że brak oświadczenia o związaniu ofertą powoduje, że gwarancja wadialna jako dokument akcesoryjny w przedmiotowym przypadku nie zabezpiecza oferty. II. W skarżonym wyroku KIO stanęła na stanowisku, że oświadczenia zawarte w punkcie 4.4 i 4.7 formularza oferty, dotyczące odpowiednio terminu realizacji zamówienia oraz akceptacji warunków płatności określonych we wzorach umowy, zawierają się w oświadczeniu wskazanym w punkcie 4.2 o następującej treści: „gwarantuję wykonanie całości niniejszego

zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jego modyfikacji". Trudno przyjąć, że termin „warunki płatności” mieści się w zakresie „wykonanie przedmiotu zamówienia”. Warunki płatności są czymś pochodnym w stosunku do realizacji przedmiotu zamówienia. Dopiero za zrealizowany przedmiot zamówienia (jego etap) Zamawiający zobowiązany jest zapłacić. Akceptacja warunków płatności jest czymś innym niż oświadczenie o gotowości zrealizowania przedmiotu zamówienia, co ma znaczenie gdy umowa przewiduje płatności częściowe. Zamawiający nie żądał dołączenia do oferty parafowania wzorców umów, a jedynym dowodem na to, że Wykonawca zgadza się na wskazane w umowie warunki płatności jest właśnie oświadczenie wskazane w punkcie 4.7 formularza umowy. Za błędne uznać należy zdaniem skarżącego ustalenia Izby o zakresie oświadczeń zawartych w punktach 4.4, 4.7 i 4.2 formularza oferty. III. W wyroku z dnia 16 czerwca 2009 r. „Izba nie dopatrzyła się również zagrożenia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy zgodnie z treścią 12 IDW z racji braku złożenia oświadczenia w punkcie 4.9 formularza oferty.” Skład orzekający powołał się na argumentację przytoczoną wyżej, w związku z tym również Skarżący powołuje się na swoją argumentację w zakresie terminu związania ofertą. Podkreślić należy, że zagrożenie zawarcia umowy przez Wykonawcę, który nie jest związany ofertą jest realne, a ewentualne zatrzymanie wadium takiemu wykonawcy w razie uchylenia się od zawarcia umowy nieskuteczne. KIO w wyroku wskazuje, że obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sensie materialnym złożonej przez wykonawcę dającego rękojmię należytego wykonania umowy. Zamawiający sprostował temu obowiązkowi wybierając najkorzystniejszą materialnie ofertę złożoną przez skarżącego, spośród ofert wykonawców związanych ofertą. Nie wystarczy, jak wskazała KIO, że nawet w przypadku nie podpisania umowy w wyznaczonym terminie bądź nie wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zamawiający podejmuje wyłącznie działania przewidziane w ustawie tj. wybierze bez ponownej oceny ofert, ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych. Przyjęcie tej argumentacji prowadzi do konieczności dokonania wyboru oferty, a następnie próby podpisania umowy z wykonawcami niezwiązanymi ofertami. To z kolei prowadzi do uznania instytucji terminu związania ofertą, eksponowanej w prawie zamówień publicznych i w kodeksie cywilnym za zbędą. Ponadto, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający bada, czy treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i odrzuca ofertę niezgodną w swej treści z treścią SIWZ. Zamawiający nie ocenia ofert pod kątem istnienia zagrożenia zawarcia umowy. Nie można zgodzić się z argumentacją KIO, że brak zagrożenia zawarcia umowy jest przesłanką wystarczającą dla uznania oferty Przeciwnika skargi za złożoną prawidłowo i zgodną z SIWZ. Treść oferty musi być jednoznaczna, nie może budzić wątpliwości, co do zgodności z SIWZ. Oświadczenie o zapoznaniu się z treścią SIWZ oraz akceptacja jej warunków nie jest wystarczająca dla uznania, że: 1. Wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia w terminie wskazanym w punkcie 8 IDW, 2. jego oferta jest ważna przez 60 dni, 3. Wykonawca akceptuje warunki płatności określone we wzorach umowy (część II SIWZ), 4. w przypadku uznania oferty Wykonawcy za najkorzystniejszą umowę zobowiązuje się zawrzeć w miejscu i terminie, jakie zostaną wskazane przez zamawiającego oraz zobowiązuje się zabezpieczyć umowę zgodnie z treścią pkt 12 IDW. Treść oferty Przeciwnika skargi jest niezgodna z SIWZ, oferta ta zdaniem Skarżącego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy Pzp. (k. 146-154)

W odpowiedzi na Skargę Konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Drogowe Zbigniew Ziarka i EUROMOSTY Maciej Widawski (Konsorcjum Ziarka) wniosła o oddalenie skargi i zasądzenie od strony skarżącej zwrotu kosztów procesu, tj. kosztów zastępstwa procesowego wg norm przewidzianych. Uczestnik podniósł, że na tle prawidłowego wyroku KIO zgłoszono w skardze wiele zarzutów (art. 89 ust. 1 pkt. 2, 91 ust. 1 , art. 7 ust. 1 - ten ostatni zarzut bez jakiegokolwiek uzasadnienia- oraz art. 85 ust.1). Dodatkowo zarzucono błędne ustalenia faktyczne stanowiące obrazę przepisu art. 188 ust. 7 Pzp (gdy przepis ten odnosi się do oceny materiału dowodowego, a nie do błędnych ustaleń). Osią sporu jest potrzeba, lub obowiązek, dokonania przez Zamawiającego oceny sytuacji, w której pominięto omyłkowo w ofercie jedną kartę. Podkreślił, na podstawie wyroku KIO, że Zamawiający bez uzasadnienia mnożył liczbę wymaganych oświadczeń i zapewnień stanowiących w istocie powtórzenie złożonych już uprzednio oświadczeń, które swym zakresem obejmowały tę materię. Na marginesie tej sprawy KIO wyraziło postulat poprawnej „legislacji” adresowany do Zamawiających.

Mnożone, powtórzenia w zakresie oświadczeń, jakie winien składać każdy Wykonawca skłaniają do postulatu, aby Zamawiający ograniczali się do formułowania jasnych i koniecznych tylko postanowień. KIO słusznie uznało, że pełny zakres żądanych zapewnień i oświadczeń sprowadza się do wskazania, że Wykonawca będzie stosował się do postanowień siwz, którego częścią składową jest projekt umowy. Wszystkie pozostałe wymagania Zamawiającego są zaledwie powtórzeniami. Konsorcjum Ziajka oświadczyło, że zaakceptowało siwz i przedłożyło wymagane przez siwz zabezpieczenie wadialne. Omyłka tego charakteru jak pominięcie jednej strony (z dwustu kilkudziesięciu) z oświadczeniami, gdy zostały one powtórzone w innych częściach oferty nosi wszelkie znamiona błędnej omyłki, lub uchybienia nieistotnego. Wykazane w skardze, a wcześniej w rozstrzygnięciu protestu „wadliwości” zgłoszone przeciwko ofercie Konsorcjum Ziajka były nieistotne i sprzeczne z ideą realizowaną przez ustawodawcę w postępowaniu w przedmiocie zamówienia publicznego. Na użytek sporządzonej skargi Konsorcjum ABM POL-DROG Legnica sp. z o.o. formułuje na str. 3 zarzuty dotyczące przejawów naruszenia przepisu art. 188 ust. 7 Pzp. Z przepisu tego wynikają trzy formy naruszeń zawartej w nim normy: błędna ocena wiarygodności dowodów, błędna ocena mocy dowodów, brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego. KIO nie dopuściło się naruszenia prawa w żadnej z podanych postaci. KIO nie miało potrzeby prowadzenia postępowania dowodowego. Spór pomiędzy stronami szedł o prawo i sposób jego stosowania, a nie o dowody do ustalania stanów faktycznych. Art. 188 ust. 7 Pzp dotyczy wad postępowania dowodowego. Argumentacja przytoczona w uzasadnieniu wyroku KIO broni tezy, że oświadczenia o akceptacji siwz obejmuje wszystkie elementy wskazane w art. 36 ust. 1 ustawy Pzp. Innymi słowy jedno oświadczenie obejmujące pełny zakres siwz winno być jedynym, jakiego Zamawiający winien żądać od wykonawcy. Wykonawca - Konsorcjum Ziajka zaaprobował pełną treść siwz. Skarżące konsorcjum zdaje się prezentować pogląd, że nie złożenie jednostkowego oświadczenia co do aprobaty małego fragmentu siwz (brak karty z oświadczeniem), przy jednoczesnej pełnej akceptacji postanowień siwz ma merytoryczne znaczenia w postaci braku aprobaty (zanegowania) dla tym małych fragmentów siwz. Wniosek taki jest błędny, niezgodny z regułą logicznego rozumowania „z większego na mniejsze”. Skoro Wykonawca zgodził się na całość to zgodził się i na fragment. Wykonawca zgodził się, że siwz jest dla niego wzorem, do którego będzie się stosował. Z zaniechaniem przedłożenia jednej karty oferty nie ma żadnych negatywnych treści merytorycznych. Nie jest w szczególności brakiem akceptacji dla tej części siwz. Dowody mają za swój przedmiot: fakty istotne i sporne dla stron postępowania. Spór jaki rozstrzygała KIO dotyczył zagadnienia prawnego (znaczenia braku jednej karty w ofercie dla ważności oferty). Nie było potrzeby prowadzenia dowodów w niniejszym postępowaniu, a przez to dowody nie były przez KIO prowadzone. Strona faktyczna analizowanej przez KIO sprawy nie budziła sporu pomiędzy stronami. Przywołanie przepisu art. 188 ust. 7 Pzp (w kontekście oceny, czy doszło do błędu prawnego i oceny charakteru błędu prawnego) stanowi o nietrafności zgłoszonego zarzutu. KIO podzieliło stanowisko wyrażone w odwołaniu Konsorcjum Ziajka uznając, że działania Zamawiającego były wadliwe. Zamawiający, gdyby jego stanowisko pozostawało w sprzeczności z oceną KIO, zapewne skorzystałby z prawem przyznanej możliwości zaskarżenia wyroku. Zamawiający nie uczynił tego. Nie sposób się także zgodzić z treścią zarzutu zamieszczonego w pkt 3 lit. d skargi. Skarżący wskazał, że „złożenie oświadczenia o treści określonej w punkcie 4.2 formularza oferty stanowi o zobowiązaniu Przeciwnika skargi do wykonania umowy w wymaganym terminie oraz według ustalonych we wzorze umowy warunków płatności podczas gdy stanowi ono jedynie o zobowiązaniu do wykonania przedmiotu zamówienia bez wskazania terminu i warunków płatności.. Należy przypomnieć, że częścią SIWZ jest projekt umowy o roboty budowlane. Zarzutowi o braku terminu i warunków płatności Skarżący poświęcił pkt II uzasadnienia. Termin zakończenia prac budowlanych został określony w ogłoszeniu o zamówieniu. Ostatecznie zostanie doprecyzowany w harmonogramie rzeczowo-terminowym, jaki ma obowiązek przedłożyć. Plan wykonania zamówionych robót koreluje z szczegółowym planem inwestycyjnym Miasta Wrocławia, który musi sprostać terminom przygotowania na Euro 2012. Podobne rozumowanie przeprowadzić należy w zakresie określenia warunków płatności. Skarżący na użytek formułowanych zarzutów skargi podnosi, że trudno przyjąć, że termin „warunki płatności” nie mieści się w pojęciu „wykonanie przedmiotu umowy”. Essentialia negotii umowy o roboty budowlane jako podtyp umowy o dzieło określa prawa i obowiązki obu stron. Obowiązkiem Zamawiającego jest zapłacić Przyjmującemu zamówienie za wykonane roboty (art. 647 in fine kc). Pod pojęciem „warunków płatności” Konsorcjum Ziajka rozumie formę i

termin płatności. Formą płatności będzie przelew, w niniejszej sprawie zastosowanie mają bowiem przepisy o finansach publicznych (tak postanowienia umowy i siwz oraz ustawa Pzp). Nie pozostawia wątpliwości termin płatności za wykonane roboty. Procedurę w tym zakresie określa wzorzec umowny i pomocniczo FIDIC jako wzorzec umowny (w nim ujęto m.in. organizację obiegu dokumentów pozwalających na dokonanie płatności wystawionej faktury). Nie przekonuje zarzut podniesiony na tle okresu związania ofertą. Konsorcjum Ziajka przedłożyło polisę ubezpieczeniową zabezpieczającą wadium na 60 dni związania ofertą. W kolejnych okresach sam Zamawiający wystąpił z wnioskiem do Konsorcjum Ziajka o przedłużenie okresu związania ofertą i zabezpieczenia wadium na kolejny okres. Oznacza to, że po stronie głównego rozgrywającego w tym zamówieniu publicznym nie zrodziły się najmniejsze nawet wątpliwości co do okresu związania ofertą. Zamawiający dysponował dokumentem w postaci polisy wadium i poprawnie potraktował brakujące oświadczenie jako podrzędne wobec dokumentu źródłowego, za który uznał właśnie polisę wadium. Od dat określonych w polisie i od terminu złożenia oferty rozpoczął liczenie 60 dniowego terminu związania ofertą i przed upływem tego okresu wystąpił o przedłużenie zabezpieczenia na kolejny okres, tak jak to przewiduje ustawa Pzp. Termin związania ofertą -wbrew odmiennym ocenom Skarżącego - rozpoczął swój bieg zdaniem Zamawiającego i zdaniem Konsorcjum Ziajka w dniu określonym w polisie ubezpieczeniowej, którą dysponował Zamawiający. Orzeczenie KIO z dnia 6 lutego 2009 r. nie odnosi się do analizowanej kwestii. W niniejszej sprawie oświadczenie o akceptacji siwz jest jasne i precyzyjne. Nie jest znane rozróżnienie oferty najkorzystniejszej w znaczeniu materialnym i formalnym, a temu zagadnieniu poświęcono nieomal cały punkt III uzasadnienia skargi. Teoria zagrożenia zawarcia umowy została przywołana jedynie na użytek sporządzonej skargi i nie znajduje ona oparcia w materiale zaprezentowanym w skardze, (k. 169-177)

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga została oddalona jako nieuzasadniona.

Sąd Okręgowy podziela ustalenia faktyczne i ocenę prawną Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) przy Urzędzie Zamówień Publicznych zawarte w zaskarżonym wyroku z dnia 16 czerwca 2009 r.

Skarżący określił zarzut sformułowany w punkcie 3 skargi wskazując na naruszenie art. 188 ust. 7 Pzp i błędne ustalenia faktyczne dotyczące oświadczeń złożonych przez Konsorcjum Ziajka w punkcie 4.1 i 4.2 Formularza oferty, a w konsekwencji tego przyjęcie przez KIO, że wypełnione zostały wymogi związane ze złożeniem oświadczeń wskazanych w punkcie 4.4., 4.5, 4.7 i 4.9 Formularza oferty. Z treści zarzutu wynika, że skarżący miał na celu podważenie oceny prawnej złożonych przez Konsorcjum Ziajka w punkcie 4.1. i 4.2 Formularza oferty oświadczeń oraz ich błędną interpretację przez KIO w wyniku czego - w ocenie wnoszącego skargę - KIO błędnie oceniła oświadczenia złożone w punkcie 4.1. i 4.2 Formularza oferty i ich zakres.

Nie było sporne w sprawie, że Konsorcjum Ziajka wraz z ofertą nie przedłożyła odrębnej karty zawierającej oświadczenia wskazane w punktach 4.4, 4.5, 4.7 i 4.9 Formularza oferty. Spór sprowadzał się do oceny, czy brak odrębnie złożonych oświadczeń wskazanych powyżej było prawidłową podstawą do odrzucenia oferty Konsorcjum Ziajka, czy też oświadczenia te zostały zawarte w innych miejscach oferty - złożonych stosowanie do punktu 4.1 i 4.2 Formularza oferty - i w ten sposób złożone były wystarczające dla uznania, że wymagane w punktach 4.4., 4.5, 4.7 i 4.9 Formularza oferty oświadczenia zostały złożone, a wobec tego odrzucenie oferty Konsorcjum Ziajka było nieprawidłowe.

Oferta Konsorcjum Ziajka nie zawierała karty z oświadczeniami o treści: 1. zrealizuję przedmiot zamówienia w terminie wskazanym w punkcie 8 IDW, 2. niniejsza oferta jest ważna przez 60 dni, 3. akceptuję warunki płatności określone we wzorach umowy (część II SIWZ), 4. w przypadku uznania mojej (naszej) oferty za najkorzystniejszą, umowę zobowiązuję(my) się zawrzeć w miejscu i terminie, jakie zostaną wskazane przez zamawiającego oraz zobowiązuję(my) się zabezpieczyć umowę zgodnie z treścią pkt 12 IDW. Konsorcjum Ziajka jednocześnie złożyło oświadczenie, o treści: 4. Ja (my) niżej podpisany(i) oświadczam(y), że: 4.1 zapoznałem się z treścią SIWZ dla niniejszego zamówienia i nie

wnosząc do niej uwagi, 4.2 gwarantując wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji, sanował brak oświadczeń, o których mowa w punkcie 4.4, 4.5, 4.7 i 4.9 Formularza oferty.

Sąd Okręgowy podziela stanowisko KIO, że minimalne wymagania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) wskazane są w art. 36 ust. 1 Pzp, m.in. jest to określenie terminu wykonania zamówienia (pkt 4), termin związania ofertą (pkt 9), informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (pkt 14), wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy (pkt 15), istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach (pkt 16).

Skoro reprezentant działający w imieniu Konsorcjum Ziajka złożył oświadczenie o treści wskazanej w punkcie 4.1 i 4.2 Formularza oferty, zgodnie z którymi znał treść siwz i nie wniósł do niej uwag oraz oświadczył, że gwarantuje wykonanie całości zamówienia zgodnie z treścią siwz, to zgodnie z art. 65 k.c. w zw. z art. 14 Pzp oświadczenie to należy tak tłumaczyć jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje oraz uwzględnić dyspozycję art. 56 k.c. zgodnie z którym czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów.

Skoro Konsorcjum Ziajka zaakceptowało siwz w całości, to wyraziło zgodę na akceptację poszczególnych części siwz. Tym samym brak jest podstaw do takiej wykładni złożonego w punkcie 4.1 i 4.2 Formularza oferty, które prowadziłyby do przyjęcia, że akceptując treść siwz reprezentant Konsorcjum Ziajka nie zawarł w nich oświadczenia dotyczącego terminu realizacji zamówienia wskazanego w siwz i wymagań dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy, czy terminu związania ofertą określonego na 60 dni (w związku z czym Konsorcjum Ziajka przedłożyło gwarancję ubezpieczeniową na 60 dni). Wymogi te są określone wprost w siwz zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 4, 9, 15 Pzp.

Co do okresu związania ofertą to Sąd Okręgowy podziela stanowisko KIO, który powołał się na art. 85 Pzp. Także w ocenie Sądu Okręgowego, jeżeli w siwz został określony termin związania ofertą (zgodnie z art. 85 ust. 1 pkt 1-3 Pzp), to już z art. 85 ust. 1 i 5 Pzp wynika, że bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się z upływem terminu składania ofert, a wykonawca jest związany ofertą do upływu tego terminu. W tej sytuacji okres związania wykonawcy ofertą wynika z przepisu ustawy i jest niezależna od dodatkowo złożonego oświadczenia wykonawcy w tym zakresie. Dodatkowe oświadczenie wykonawcy niezbędne jest w przypadku przedłożenia terminu związania ofertą ponad termin wskazany w siwz (art. 85 ust. 2 i 3 Pzp). Z tego względu nie było podstaw do uwzględniania zarzutu skargi wskazującego na naruszenie art. 85 ust. 1 Pzp.

Brak jest również podstaw do przyjęcia, że wobec niezłożenia odrębnego oświadczenia o zaakceptowaniu warunków płatności określonych we wzorach umowy (części II SIWZ) - tj. wymaganego zgodnie z punktem 4.7 Formularza oferty - oświadczenie to nie zostało zawarte w oświadczeniu złożonym zgodnie z punktem 4.1 i 4.2 Formularza oferty. Skoro zgodnie z oświadczeniem z punktu 4.1. Formularza wykonawca zapoznał się z treścią siwz, to tym samym oświadczył, że zapoznał się z treścią załączników do siwz stanowiących jej integralną część, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16, tj. m.in. wzorem umowy, która stanowiła część II siwz. Oświadczenie zawarte w punkcie 4.1 Formularza oferty, iż wykonawca „nie wnosi uwag do treści siwz” należało w okolicznościach danej sprawy, biorąc pod uwagę cel dla którego oświadczenie to zostało złożone uznać, za oświadczenie równoważne oświadczeniu iż „akceptuje treść siwz”. Taką interpretację uzasadnia okoliczność, iż na zasadach wskazanych w siwz - m.in. zasadach dotyczących warunków płatności wykonawca oświadczył w punkcie 4.2 Formularza oferty, iż gwarantuje wykonanie całości zamówienia. Zgodnie z zasadą logicznego rozumowania należało przyjąć, że w przypadku braku woli akceptacji warunków płatności wskazanych w siwz wykonawca nie złożyłby oświadczenia zawartego w punkcie 4.2 Formularza oferty, co spowodowałoby wniesienie uwag do tej części siwz przed złożeniem oświadczenia o zagwarantowaniu wykonania zamówienia na warunkach

określonych w siwz.

Taka wykładania oświadczeń złożonych przez Konsorcjum Ziajka w punkcie 4.1. i 4.2 Formularza oferty nie jest dorozumianą formą składania oświadczeń i nie jest formą domniemania, bowiem akceptując wszystkie postanowienia siwz wykonawca zaakceptował poszczególne elementy siwz wprost i w sposób niebudzący wątpliwości, czego nie zmienia złożenie lub brak złożenia dodatkowego oświadczenia dotyczącego pojedynczego elementu, postanowienia siwz. Z tego względu w sprawie nie miała zastosowania w sprawie wyrok KIO w wyroku z dnia 6 lutego 2009r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 119/09, który dotyczył innej kwestii.

Sąd Okręgowy podziela także pogląd KIO dotyczący oceny braku oświadczenia Konsorcjum Ziajka, że w przypadku uznania oferty tego wykonawcy za najkorzystniejszą, umowę zobowiązując się on zawrzeć w miejscu i terminie, jakie zostaną wskazane przez zamawiającego oraz zobowiązuje się zabezpieczyć umowę zgodnie z treścią pkt 12 IDW, tj. oświadczenia wymaganego zgodnie z punktem 4.9 Formularza oferty. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 14 Pzp w siwz określone są informacje o formalnościach jakie winny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zgodnie z art. 94 ust.1 Pzp zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż wskazany w tym przepisie - tj. 10 dni lub 7 dni - od daty przekazania zawiadomienia o wyborze oferty. We wskazanym przepisem ustawa określa najkrótszy termin do zawarcia umowy, uwzględniając formalności jakie winien wykonać wykonawca po wyborze oferty (zgodnie z siwz i stosowanie do art. 36 ust. 1 pkt 14 Pzp). Z treści wskazanego przepisu należy wnioskować, że wyznaczenie terminu do zawarcia umowy (przekraczającego wskazany termin najkrótszy) pozostaje w gestii zamawiającego (który jednak wyznaczając termin do zawarcia umowy winien uwzględnić wymogi wynikające z siwz), a w przypadku uchylenia się wykonawcy od zawarcia umowy lub nie wniesienia wymaganego zabezpieczenia zastosowanie ma art. 94 ust. 2 Pzp., tj. zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert. W tej sytuacji zamawiający ma również prawo zatrzymać wadium (które jest zwracane zgodnie z art. 46 ust. 1 pkt 2 gdy zawarto umowę i wniesiono zabezpieczenie należytego wykonania umowy). W tej sytuacji nawet w przypadku niezłożenia oświadczenia o zawarciu umowy w czasie i miejscu wskazanym przez zamawiającego oraz niezłożenia zabezpieczenia wykonania umowy nie stwarza dodatkowego zabezpieczenia dla procesu zawarcia umowy w przedmiocie zamówienia publicznego, a więc wymóg złożenia oświadczenia nie daje zamawiającemu dodatkowej ochrony, w związku z którą zamawiający mógłby skorzystać z dodatkowych sposobów zabezpieczenia zawarcia umowy.

Z powyżej wskazanych względów nie można było uwzględnić zarzutów sformułowanych w punkcie 3 skargi.

Konsekwencją niepotwierdzenia się zarzutów wskazanych w punkcie 2 i 3 skargi była niezasadność zarzutu wskazanego w punkcie 1 skargi tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 91 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp. Prawidłowa ocena KIO, że Konsorcjum Ziajka złożyła ofertę której treść odpowiadała treści siwz (zawierała niezbędne oświadczenia), była przyczyną uznania, że oferta ta nie podlegała odrzuceniu, a w efekcie wybór oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty Konsorcjum Ziajka nastąpił w sposób nieprawidłowy dlatego podlegał unieważnieniu.

Pozostałe zarzuty jako spóźnione nie były przedmiotem procedowania.

Mając powyższe na uwadze skarga jako niezasadna na mocy art. 198 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych podlegała oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 198 ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych w zw. z art. 98 k.p.c.

Za zgodność z oryginałem

