

Sygn. akt KIO/UZP 893/09

WYROK
z dnia 24 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**

Członkowie: **Anna Packo**

Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: **Łukasz Sierakowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Polkomtel S. A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komenda Główna Policji, 02-642 Warszawa, ul. Puławska 148/450** protestu z dnia **10 czerwca 2009 r.**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Komendę Główną Policji

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Polkomtel S. A.**,
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Polkomtel S. A.**

Uzasadnienie

I. Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług telekomunikacyjnych przez operatorów sieci komórkowych wraz z dostawą komórkowych urządzeń końcowych”.

Postępowanie, prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych), ma doprowadzić do zawarcia umowy ramowej.

W dniu 5.06.2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze dwóch wykonawców, z którymi zostanie zawarta umowa ramowa oraz o odrzuceniu dwóch ofert, w tym oferty złożonej przez Polkomtel S.A., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa.

W dniu 10.06.2009 r. Polkomtel S.A. (dalej: Odwołujący) – złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 25.06.2009 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 3.07.2009 r. (wpływ bezpośredni) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W odwołaniu Odwołujący podtrzymał zarzut, podniesiony w proteście, dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych: według Odwołującego, Zamawiający nieprawidłowo odrzucił jego ofertę, uznając, że nie odpowiada ona treści SIWZ, gdyż brakuje w niej informacji zawartych w załączniku nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ), tj. oświadczeń, czy wykonawca potwierdza termin trwania umowy, czy akceptuje zasady płatności oraz czy zamierza, a jeśli tak, to w jakiej części, powierzyć wykonywanie zamówienia podwykonawcom. Odwołujący podnosił, że brakujące informacje nie stanowią merytorycznej treści oferty, lecz dotyczą „warstwy formalnej”, a sama niezgodność oferty ze SIWZ co do formy nie stanowi przesłanki odrzucenia oferty.

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, wnoszono o powtórny ocenę ofert i ponowny wybór oferty najkorzystniejszej (wskazanie wykonawców, z którymi zostanie zawarta umowa ramowa).

Zamawiający oddalając protest, nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego co do znaczenia brakujących elementów i stwierdził, że brak takich informacji nie pozwala Zamawiającemu ocenić, czy złożona oferta swoim zakresem odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego. Zamawiający wskazał, iż brakujące elementy to essentialia negotii zawieranej umowy, w konsekwencji czego trzeba uznać, że ich brak w ofercie istotnych postanowień co do treści zawieranej umowy uniemożliwia Zamawiającemu jej podpisanie.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, i powtórnej oceny ofert, miałby on szansę na zawarcie umowy ramowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła w zakresie podnoszonego zarzutu następujący stan faktyczny:

Do SIWZ, jako załącznik nr 4, załączono wzór formularza ofertowego. Miał on trzy ponumerowane strony. Ostatnia strona załącznika nr 4 do SIWZ obejmowała następujące oświadczenia:

„5. Potwierdzam termin trwania umowy ramowej, który został określony w § 1 ust. 2 projektu umowy.

6. Akceptuję zasady płatności określone w pkt 6.3 "SZCZEGÓŁOWEGO OPISU PRZEDMIOTU ZAMOWIENIA (SOPZ)" stanowiącego załącznik nr 1 do niniejszej SIWZ.

7. Oświadczam, iż będę / nie będę powierzał część zamówienia podwykonawcy, tj.

8. Uważam się związany niniejszą ofertą przez okres 60 dni licząc od dnia, w którym upływa termin składania ofert.

9. Po wybraniu naszej oferty zobowiązuję się do podpisania umowy na warunkach zawartych w dokumentacji oraz w miejscu i terminie określonym przez Zamawiającego.”

Odwołujący złożył formularz ofertowy, odpowiadający treści wzoru ustalonego przez Zamawiającego w załączniku nr 4 do SIWZ, lecz bez jego ostatniej strony (bez powyższych oświadczeń). W pozostałej części formularza ofertowego złożonego przez Odwołującego (zawierającego m.in. oświadczenie, że nie wnosi on zastrzeżeń do treści SIWZ) Zamawiający nie stwierdził żadnych wad.

Strony różniły się co do oceny, czy powyższy brak skutkuje odrzuceniem oferty ze względu na przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, który nakazuje odrzucić ofertę w sytuacji, kiedy jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Rozstrzygając tak postawiony zarzut, skład orzekający Izby przychylił się do stanowiska Odwołującego: oświadczenia, zawarte na trzeciej stronie formularza ofertowego, nie stanowią treści oferty, zatem w związku z ich brakiem nie było podstaw, aby odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający błędnie wywiódł, że brakujące oświadczenia to istotne postanowienia przyszłej umowy.

Według składu orzekającego, nie może budzić żadnych wątpliwości, iż oświadczenia zawarte w pkt 5-6 i 8-9 nie mają w ogóle charakteru prawokształtującego – stanowiły one treść z góry narzuconą przez Zamawiającego, a wykonawcom biorącym udział w postępowaniu nie pozostawiono w tym zakresie żadnego marginesu dowolności (nie mogli oni zaproponować innych, niż wymagane przez Zamawiającego, terminów płatności, innego okresu trwania umowy ramowej itd.).

Ponadto Odwołujący złożył przeciw oświadczenie, że nie wnosi zastrzeżeń do treści SIWZ, a skoro tak – to akceptuje i „termin trwania umowy ramowej, który został określony w § 1 ust. 2 projektu umowy” (brzmienie brakującego pkt 5 załącznika nr 4 do SIWZ), „zasady płatności określone w pkt. 6.3 "SZCZEGÓŁOWEGO OPISU PRZEDMIOTU ZAMOWIENIA (SOPZ)" (brzmienie brakującego pkt 6 załącznika nr 4 do SIWZ), 60-dniowy termin związania ofertą (brakujący pkt 8 załącznika nr 4 do SIWZ) oraz zobowiązuje się „do podpisania umowy na warunkach zawartych w dokumentacji oraz w miejscu i terminie określonym przez Zamawiającego.” (brakujący pkt 9 załącznika nr 4 do SIWZ).

Rację ma Odwołujący, wskazując, że Zamawiający w ogóle mógł zaniechać żądania tego rodzaju oświadczeń, ponieważ nie wnoszą one nic nowego do postępowania, a stanowią jedynie szczegółowe oświadczenia składające się na oświadczenie „nie wnosimy zastrzeżeń do treści SIWZ”. Nie może ulegać wątpliwości, że sam fakt złożenia oferty jest równoznaczny z akceptacją treści SIWZ – postanowienia SIWZ mogą być zakwestionowane w przewidzianych przez ustawę środkach ochrony prawnej, a nie w treści oferty, zatem nawet złożenie ogólnego oświadczenia w ofercie, iż wykonawca akceptuje treść SIWZ nie musi być niezbędne do przeprowadzenia postępowania, tym bardziej dotyczy to wymienionych wyżej oświadczeń szczegółowych.

Należy również zwrócić uwagę, że z oferty Odwołującego nie wynika jakakolwiek wątpliwość co do akceptacji wymogów Zamawiającego (warunków płatności, terminu trwania umowy ramowej itd), a zobowiązanie do zawarcia umowy na warunkach określonych przez Zamawiającego wynika, co nie może budzić wątpliwości, z samego faktu złożenia oferty w postępowaniu. Gdyby w ofercie Odwołującego zawarto jakiegokolwiek postanowienia rodzące wątpliwości co do akceptacji wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ, to wówczas nie można byłoby zaakceptować oświadczenia Odwołującego, że nie wnosi zastrzeżeń do SIWZ, za równoważne oświadczeniom zawartym na stronie trzeciej załącznika nr 4 do SIWZ, o których mowa wyżej.

Odmienny charakter od pozostałych oświadczeń z trzeciej strony załącznika nr 4 do SIWZ miało oświadczenie z pkt. 7 załącznika nr 4 do SIWZ – tj. oświadczenie o ewentualnym zaangażowaniu podwykonawców, bowiem ten punkt wykonawca miał samodzielnie wypełnić treścią (więc był to element nowy w postępowaniu, mający pojawić

się dopiero w ofercie). Skład orzekający zatem musiał odpowiedzieć na pytanie, czy brak oświadczenia co do podwykonawców stanowi taki brak, który dyskwalifikuje ofertę w świetle nakazu wynikającego z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Skład orzekający zwrócił uwagę, że przy usłudze, szczególnie tego rodzaju, jak usługa będąca przedmiotem zamówienia, trudno w ogóle mówić o istnieniu „podwykonawcy” w klasycznym rozumieniu (ustawodawca używa pojęcia „podwykonawca” wprost tylko w odniesieniu do robót budowlanych - w art. 647¹ Kodeksu cywilnego). Ponadto, po pierwsze, postępowanie prowadzone jest w celu wyłonienia wykonawców z którymi zostanie zawarta umowa ramowa, po drugie Zamawiający nie zawarł w SIWZ żadnych ograniczeń co do możliwości zatrudnienia podwykonawcy.

Wobec powyższych okoliczności, skład orzekający stwierdził, że oświadczenie wykonawcy w ofercie o ewentualnym zatrudnieniu podwykonawcy miało również charakter informacyjny, a nie prawokształtujący.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie można przyjąć, że brak oświadczeń z trzeciej strony wzoru formularza ofertowego stanowiącego załącznik do SIWZ będzie miał jakikolwiek wpływ na zakres zobowiązania wynikający z przyszłej umowy.

Reasumując, nie można w przypadku zaniechania złożenia przez Odwołującego oświadczeń ze strony trzeciej załącznika nr 4 do SIWZ mówić o merytorycznej niezgodności oferty z treścią SIWZ: istniejąca rozbieżność ma w ocenie Izby charakter wyłącznie formalny, zatem nie mogła stanowić podstawy do odrzucenia oferty w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, zatem Izba uwzględniła zarzuty i żądania Odwołującego. Z tego względu orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....