

Olsztyn, dn. 12 czerwca 2010 r.

Urząd Gminy w Świątkach
wpłynęło dnia
Przekazano do zał.
14 CZE 2010
[Signature]

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
przy
Prezesie Urzędu
Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa**

Odwołujący: Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. ul. Olsztyńska 19
10-040 Dobrze Miasto Tel./fax (89) 616 15 98

Zamawiający: Gminy Świątki 11-008 Świątki 87
Tel./fax 616 98 83; 616 98 90

Przedmiot zamówienia: Budowa sieci kanalizacji grawitacyjnej i tłocznej
miejscowościach Świątki, Jankowo, Drzazgi, Kwiecew
w Gminie Świątki

Nr Ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych: 118212-2010 z dnia

28 kwietnia 2010 r. ze zmianą nr 126636-2010 z dnia 10 maja 2010 r.

Strona internetowa, na której została zamieszczona SIWZ:
www.bip.swiatki.nowoczesnagmina.pl

Nr postępowania: ZP-341/4/10

ODWOŁANIE

Czynność której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 i ust 2 pkt.4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą, Odwołujący wnosi odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego znak ZP-341/4/10 pn „Budowa sieci kanalizacji grawitacyjnej i tłocznej w miejscowościach Świątki, Jankowo, Drzazgi, Kwiecewo w Gminie Świątki.”

Przedstawienie zarzutów:

Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 P.z.p. podając w uzasadnieniu, iż Odwołujący nie spełnia wymagań określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w punktach:

- 1) 9.2 - z powodu złożenia na załączniku nr 2 do SIWZ nieważnych oświadczeń o niepodleganiu wykluczeniu (strona 5 i 6 oferty) z uwagi na niewłaściwą reprezentację, niezgodną z zapisami w KRS-ie,

2) 15.4 – z uwagi na brak pieczętki firmowej na kilku stronach oferty.

Żądanie

Odwołujący wnosi o :

- 1) unieważnienie dokonanej czynności wyboru oferty,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i uznanie jej za zgodną z treścią SIWZ, ewentualne wezwanie Odwołującego do uprzedniego złożenia bądź uzupełnienia złożonych wcześniej dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 P.z.p.
- 3) przyznanie kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p. poprzez przyjęcie, iż oferta Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, względnie przepis art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów, które Wykonawca złożył wraz z ofertą, lecz które zawierają błędy.

Interes prawny Odwołującego

Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Dobrym Mieście wskazuje na swój interes prawny w złożeniu odwołania, bowiem w przypadku powtórzenia czynności badania i oceny ofert, oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejsza cenowo, co przy uwzględnieniu kryterium ceny 100 % umożliwi Odwołującemu uzyskanie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu.

Okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania

Odwołujący wskazuje na następujący stan faktyczny:

W dniu 08.06.2010r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego zawiadomienie

o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Powodem odrzucenia oferty przez Zamawiającego stało się, po pierwsze oświadczenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 22 ust. 1 P.z.p., stanowiące załącznik nr 2 do SIWZ, które zdaniem Zamawiającego, Odwołujący złożył niezgodnie ze sposobem reprezentacji określonym w Krajowym Rejestrze Sądowym, a po drugie brak firmowych pieczęci na kilku stronach oferty.

Dział 2 Rubryka 1 pkt 2 KRS „sposób reprezentacji podmiotu” stanowi, iż do reprezentacji spółki upoważniony jest Prezes spółki jednoosobowo lub dwóch prokurentów łącznie. Z uwagi na fakt, iż w imieniu Odwołującego, Zakładu Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Dobrym Mieście, osoby upoważnione złożyły wymagane oświadczenia na osobnych drukach, tj. w formie dwóch odrębnych oświadczeń o jednakowej treści i w jednym czasie, Zamawiający niesłusznie uznał, iż oświadczenie Wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania zostało złożone niewłaściwie z naruszeniem zapisów w KRS, a więc jest nieważne.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający błędnie ocenił ważność złożonych oświadczeń, gdyż po pierwsze nie ma wątpliwości, że złożyły je osoby uprawnione do reprezentowania spółki i zaciągania w jej imieniu zobowiązań względem osób trzecich, a po drugie nie ma żadnych rozbieżności między jednym a drugim dokumentem, treść obu oświadczeń jest identyczna i nie budzi żadnych wątpliwości, co do woli w nich zawartej. Zarzut Zamawiającego o nieważności złożonych oświadczeń dotyczy zatem wyłącznie formy w jakiej zostały złożone, tj. faktu, iż oświadczenia sporządzono na dwóch jednakowych, lecz oddzielnych drukach.

Ogólnie obowiązujące przepisy prawa, jak również przepisy P.z.p. nie przewidują dla tego rodzaju oświadczeń żadnej szczególnej formy. Dla wszystkich dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przewidują jedynie zwykłą formę pisemną głównie na gotowych drukach przygotowanych przez

Zamawiającego. Nie można zatem stwierdzić nieważności złożonych oświadczeń tylko dlatego, że osoby je składające uczyniły to na odrębnych, ale co najważniejsze jednakowych drukach, jednoznacznie wyrażając swoją wolę. Praktyka przyjęła za regułę, iż oświadczenia, w przypadku reprezentacji wieloosobowej dokonuje się na jednym piśmie, lecz podyktowane jest to jedynie ekonomią, a także pewnością, iż podpisujące je osoby składają oświadczenia woli o identycznej treści. Nie ma żadnego przepisu, który nakazywałby składanie oświadczeń w imieniu spółki na jednym i tym samym dokumencie w przypadku reprezentacji łącznej, a jednocześnie czynił nieważnym oświadczenia złożone w formie dwóch osobnych dokumentów. Znamienny jest przy tym fakt, iż dokument podpisany przez obie osoby na jednym, tym samym piśmie nie stanowi w świetle prawa jednego oświadczenia woli, lecz są to tak samo dwa osobne oświadczenia woli dwóch różnych osób, które składają oświadczenie tej samej treści, lecz w ramach jednego pisma w tym samym czasie.

W przedmiotowej sprawie jednoznaczny i niebudzący żadnych wątpliwości jest wspólny zamiar obu osób składających oświadczenia w imieniu spółki, jest on łączny, jednoczesny i taki sam, a zatem nie ma podstaw do przyjęcia, iż tak złożone oświadczenia są nieważne z powodu niewłaściwej reprezentacji.

Ponadto należy podkreślić, iż wspomniany druk nie jest dokumentem oryginalnym w takim znaczeniu, że może być sporządzony tylko w jednym egzemplarzu, i tylko jako taki jest ważny i ma moc prawną tak ja ma to miejsce np. w przypadku gwarancji bankowej czy weksla.

Jednocześnie z ostrożności procesowej pragnę podnieść, iż nawet jeżeli uznać, że oświadczenia złożone w dwóch odrębnych pismach są nieważne i nie odnoszą skutków prawnych, to należałoby je traktować jako niezłożone w ogóle czyli brakujące, do których uzupełnienia w myśl przepisu art. 26 ust. 3 P.z.p. Zamawiającym winien wezwać Wykonawcę.

Drugim powodem odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego jest brak pieczęci firmowej na kilku stronach oferty, a dokładnie na zał. nr 3 do SIWZ, tj. projekcie umowy.

Przede wszystkim podnieść należy, że projekt umowy w myśl przepisów ustawy oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane nie jest dokumentem potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a zatem Zamawiający nie może żądać od Wykonawcy, aby ten złożył taki dokument w celu wzięcia udziału w postępowaniu.

Opieczętowanie oferty i numerowanie jej stron są niewątpliwie czynnościami o charakterze technicznym i stanowią ułatwienie dla Zamawiającego w przeglądaniu oferty, a także dają pewność, że oferta jest kompletna, zawiera wszystkie dokumenty, które złożył Wykonawca i tylko dokumenty które złożył sam.

W literaturze przedmiotu przyjmuje się, że oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. Odmiennność ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Może przejawiać się też w innym sposobie sporządzenia oferty niż żądał Zamawiający, przy czym powinny to być elementy składające się na treść oferty, odnoszącą się do jej aspektów formalnych i materialnych, ale nie do **sposobu** spełnienia obydwu aspektów. Innymi słowy, jeżeli oferta spełnia cel wymagań formalnych, ale w sposób niekoniecznie taki, jak żądał Zamawiający, przy podejmowaniu decyzji istotne powinno być to, czy cel został osiągnięty, a nie czy forma oferty stanowi odzwierciedlenie życzeń Zamawiającego. Powyższe odnosi się niewątpliwie do czynności pieczętowania, parafowania czy numerowania wszystkich stron oferty. Jeżeli niektóre strony nie są opieczętowane czy ponumerowane, ale są podpisane przez Wykonawcę, to brak jest podstaw do odrzucenia oferty, ponieważ opieczętowanie stron umowy nie jest samo w sobie celem a jedynie środkiem zmierzającym do potwierdzenia chęci złożenia danego dokumentu. Cel ten spełnia złożenie podpisu na dokumencie.

W piśmiennictwie przetaczane jest stanowisko wyrażone w jednym z wyroków Zespołu Arbitrów (UZP/ZO/0-54/05), że niezgodność treści

oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zachodzi w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot umowy nie odpowiada opisanemu w Specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

Praktyka pokazuje, że zazwyczaj błędy te dotyczą parametrów oferowanego sprzętu nie spełniających wymagań określonych w Specyfikacji, określenia terminu realizacji zamówienia w sposób inny niż wymagany przez Zamawiającego, błędnego sposobu obliczenia ceny.

Jak zatem wynika rozbieżności te dotyczą wyłącznie przedmiotowych bądź podmiotowych warunków postępowania, natomiast w żadnym wypadku nie obejmują kwestii technicznych czy porządkowych, które nie stanowią warunków udziału w postępowaniu ani nie dotyczą Wykonawcy, a w przedmiotowej sprawie legły u podstaw odrzucenia oferty.

Odwołanie zostaje wniesione w dniu 14 czerwca 2010 roku, czyli w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 115 Kodeksu Cywilnego.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 14 czerwca 2010 r. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Do wiadomości: Gmina Świątki 11-008 Świątki 87

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
2. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
3. odpis KRS,
4. pełnomocnictwo.

RADCA PRAWNY

Helena Ejsant-Ostrzyńska