

Sygn. akt: KIO/UZP 479/09

WYROK
z dnia 27 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

**Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Barbara Bettman**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ /rozprawie* w dniu ~~1 w dniach~~ 27 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **AZ FLEX Sp. z o.o., 05-082 Blizne Łaszczyńskiego, ul. Warszawska 19A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PGE Elektrownia Bełchatów S.A., 97-406 Bełchatów, Rogowiec, ul. Energetyczna 7** protestu /~~protestów~~* z dnia 26 marca 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża PGE Elektrownia Bełchatów S.A., 97-406 Bełchatów, Rogowiec ul. Energetyczna 7

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 uiszczonego przez **AZ FLEX Sp. z o.o., 05-082 Blizne Łaszczyńskiego, ul. Warszawska 19A,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 174 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **PGE Elektrownia Bełchatów S.A., 97-406 Bełchatów, Rogowiec ul. Energetyczna 7** na rzecz **AZ FLEX Sp. z o.o., 05-082 Blizne Łaszczyńskiego, ul. Warszawska 19A** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) 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 **AZ FLEX Sp. z o.o., 05-082 Blizne Łaszczyńskiego, ul. Warszawska 19A.**

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego z możliwością składania ofert częściowych (3 części) prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę materiałów termoizolacyjnych na lata 2009-2010 (maty z wełny mineralnej na siatce; płyty z wełny mineralnej; wełna mineralna na siatce z folią)”, zostało wszczęte przez PGE Elektrownia Bełchatów S.A., Rogowiec, ul. Energetyczna 7, 97-406 Bełchatów 5 zwanego dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 19-027358 w dniu 29.01.2009 r.

W dniu 24.03.2009 r. pismem z dnia 20.03.2009 r. Zamawiający przekazał faxem firmie: AZ FLEX Sp. z o.o., ul. Warszawska 19A, 05 - 082 Bliznę Łaszczyńskiego zwanej dalej: „AZ FLEX Sp. z o.o.” albo „Protestującym” albo „Odwołującym” zawiadomienie o odrzuceniu jej oferty, zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp”. W ramach uzasadnienia faktycznego stwierdzono, że Zamawiający

w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” Rozdz. IX pkt 1.8 wymagał od Wykonawcy terminu związania ofertą przez okres 60 dni, gdzie bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Tymczasem, jak wskazał Zamawiający, AZ FLEX Sp. z o.o. w swoim oświadczeniu (załącznik nr 2) podał 30 dniowy termin związania ofertą od dnia upływu terminu złożenia oferty. W związku z powyższym niniejsza oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ. W uzasadnieniu prawnym przywołano art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W dniu 26.03.2009 r. (wpływ bezpośredni) firma AZ FLEX Sp. z o.o. złożyła protest pismem z dnia 25.03.2009 r. na odrzucenie swojej oferty. Zapewniając, iż załącznik nr 2 (oświadczenie) na który powołujecie się Zamawiający, został przez niego podpisany i dołączony do oferty przetargowej. Wyjaśnił równocześnie, że dokument, w którym jest mowa o terminie trzydziestodniowym został „ściągnięty”, tj. pozyskany drogą elektroniczną, wraz z innymi dokumentami przetargowymi ze strony internetowej Zamawiającego, tj. www.elb.pl w zakładce przetargi /zamówienie podlegające Pzp w dniu 26.02.2009 r.

W zawartym w SIWZ terminie sześćdziesięciodniowym związania się ofertą, jak stwierdził Protestujący, świadomie akceptował wskazany przez Zamawiającego termin jako obowiązujący Protestującego. Zwraca uwagę na fakt, iż gwarancja przetargowa wystawiona na Zamawiającego przez Towarzystwo Ubezpieczeń Euler Hermes S.A. opiewa również na termin sześćdziesięciodniowy, co jest niepodważalnym dowodem, że ten termin od początku Protestujący traktował jako jedyny. Ponadto, wskazał że, nie uważał za stosowne zwracać uwagę Zamawiającemu na rozbieżne komunikaty zawarte na jego stronie, bowiem „nie czuł się” do tego upoważniony.

W związku z zaistniałą sytuacją Protestujący oświadczał, iż zgodnie z unormowaniami zawartymi w art. 84 kodeksu cywilnego uchyła się niniejszym od skutków prawnych swojego oświadczenia woli w zakresie terminu trzydziestodniowego, bowiem:

1. równocześnie z oświadczeniem woli obarczonym błędem złożył prawidłowe i jedynie wymagane oświadczenie w tożsamym przedmiocie, zgodnie z SIWZ,
2. błąd spowodowany został przez umieszczenie - nieświadomie - na interaktywnej stronie internetowej Zamawiającego formularza, który okazał się nie być wymagany,
3. złożone oświadczenie woli obciążone błędem dotyczy czynności prawnej odpłatnej (odpłatna dostawa towarów),
4. gdyby Protestujący nie działał pod wpływem błędu, tj. nie był przekonany o tym, iż zamieszczone na stronie oświadczenie trzydziestodniowe jest przez Zamawiającego wymagane, nie złożyliby oświadczenia tej treści.

Wskazał także, że jego oferta - bez względu na zarzucany błąd formalny - zostanie zaakceptowana jako najlepsza pod względem cenowym, konkurencyjności oraz gwarancji realizacji ciągłości dostaw materiałów termoizolacyjnych ze względu na wieloletnie doświadczenie Protestującego w tej materii. Załączył także kopie gwarancji przetargowej.

W dniu 30.03.2009 r. pismem z dnia 27.03.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 02.04.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie w całości. Zamawiający podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, że Protestujący złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp., a co za tym idzie, stosownie do przepisu art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp., oferta ta podlega odrzuceniu. Protestujący, jak wskazał Zamawiający, twierdzi, iż podał trzydziestodniowy termin związania ofertą ponieważ taki termin został podany we wzorze oświadczenia, który rzekomo Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej.

Zamawiający podniósł, że ogłoszenie o wszczęciu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamieścił w dniu 29.01 2009 r. w publikatorze unijnym oraz na swojej stronie internetowej. Ogłoszenie to sporządzone było na wymaganym formularzu i były do niego dołączone następujące pliki:

- SIWZ,
- Szczegółowy przedmiot i zakres dostawy, wymagania techniczne, termin oraz ilość dostaw,
- Formularz ofertowy,
- Wzór umowy,
- Informacja o zasadach realizacji dostaw,
- Doświadczenie zawodowe Wykonawcy w zakresie objętym dostawą przedmiotu zamówienia,
- Wzór Oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

W ww. dokumentach dotyczących przedmiotowego postępowania znajdował się wzór oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, który stanowił załącznik nr 3 do SIWZ i który Protestujący prawidłowo wypełnił i złożył. W dokumentach tych nie było natomiast załącznika o treści jak złożony przez Protestującego załącznik nr 2.

O tym, że złożone przez Protestującego Oświadczenie - załącznik nr 2, nie było dokumentem dla niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia świadczy także fakt, iż żaden z pozostałych Wykonawców, którzy złożyli oferty, nie załączył takiego oświadczenia.

Zdaniem Zamawiającego, Protestujący nie może uchylić się od skutków złożonego oświadczenia w zakresie terminu związania ofertą powołując się na art. 84 kc (błąd). Wg. bowiem art. 84 zd. 2 kc uchylenie się od skutków błędnego oświadczenia woli złożonego drugiej osobie przy czynności odpłatnej jest możliwe tylko wtedy, gdy błąd został wywołany przez tę osobę, albo gdy wiedziała ona o błędzie lub mogła z łatwością błąd zauważyć. Wobec faktu, że złożone przez Wykonawcę niezgodne z SIWZ oświadczenie, co do terminu związania ofertą nie było wymagane w przedmiotowym postępowaniu, a wzór tego oświadczenia pochodził prawdopodobnie z dokumentów innego postępowania, błąd Protestującego, ani nie został wywołany przez Zamawiającego, ani też Zamawiający o nim nie wiedział ani też nie mógł z łatwością go zauważyć.

W związku z powyższym Zamawiający oddała zarzut postawiony przez Protestującego jako całkowicie bezpodstawny, ponieważ zamieszczony na stronie internetowej Zamawiającego wzór oświadczenia nie zawierał terminu związania ofertą, który był wskazany tylko w Rozdz. IX pkt 1.9 SIWZ i wynosił 60 dni.

W dniu 14.04.2009 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu w całości wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Wskazał, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 - 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust.1 Pzp, w związku z powyższym zażądał:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia swojej oferty
- 2) dokonanie ponownego badania, oceny i wyboru ofert z uwzględnieniem swojej oferty.

Odwołujący podniósł, że posiada interes prawny do wniesienia niniejszego odwołania, bowiem jego oferta zawierała najniższą cenę we wszystkich III częściach zamówienia i gdyby nie została odrzucona, uznana byłaby za najkorzystniejszą.

Podtrzymał swoje stanowisko zawarte w proteście. W jego ocenie Zamawiający bezzasadnie dokonał odrzucenia oferty, pomimo, iż była ofertą najkorzystniejszą. Przede wszystkim całkowicie chybione jest wskazywanie przez Zamawiającego na art. 89 ust.1 pkt. 2 Pzp, jako podstawy prawnej do podjęcia decyzji o odrzuceniu naszej oferty.

Przesłanka określona w art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w niniejszym postępowaniu nie zachodzi, bowiem nie zachodzi sprzeczność oferty z treścią SIWZ. Oferta jest oświadczeniem woli wykonawcy, w której wyraża on gotowość do zawarcia z zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego i istotnych postanowień tej umowy.

„Ofertą nieodpowiadającą treści SIWZ jest oferta sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmiennność może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak i w sposobie jego realizacji oraz może polegać na tym, iż nie odpowiada ona przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia

w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego” (wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 535/08, wyrok ZA z dnia 24 stycznia 2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-82/05, wyrok ZA z dnia 21 stycznia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-54/05).

W niniejszym postępowaniu taka sytuacja, zdaniem Odwołującego, nie ma miejsca. Dlatego też nie można mówić o sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ. Wykonawca złożył oświadczenie obarczone błędem, które jak sam przyznaje Zamawiający nie było wymagane w przedmiotowym postępowaniu. Tak więc, gdyby Odwołujący nie złożył wspomnianego oświadczenia, oferta jego byłaby kompletna i niewątpliwie uznana zostałaby za ważną. Oświadczenia i dokumenty dołączane do oferty nie stanowią jej treści: *„(treści oświadczenia woli wykonawcy zawartej w formularzu ofertowym), lecz jedynie potwierdzenie spełniania przez wykonawcę formalnych i merytorycznych warunków udziału w postępowaniu”* (vide: Prawo zamówień publicznych Komentarz pod red. T. Czajkowskiego wyd. II, str. 227).

Zgodnie z brzmieniem art. 85 ust. 1 Pzp Wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w SIWZ, czyli w granicach ustawowo określonych, Zamawiający w SIWZ narzuca Wykonawcy termin związania ofertą. Rolą Wykonawcy jest zabezpieczenie swej oferty w okresie związania za pomocą wadium. Jak już stwierdzono w treści protestu Odwołujący zgodnie z zapisami Rozdz. XIX SIWZ świadomie zaakceptował termin 60 dniowy związania ofertą. Świadczy o tym treść gwarancji przetargowej wystawionej przez EULER HERMES z dnia 6 marca 2009 r., która obowiązuje na okres 60 dni. Wykonawca wprowadzony w błąd, najprawdopodobniej przez pomyłkę Zamawiającego, (bowiem nadal twierdzimy, że treść spornego dokumentu została „ściągnięta” ze strony internetowej Zamawiającego), który złożył dokument nie wymagany w treści SIWZ, nie może być gorzej traktowany od innych wykonawców, którzy nie złożyli wspomnianego dokumentu.

Zamawiający z pełną świadomością, że ma do czynienia z najkorzystniejszą ofertą, zabezpieczoną wadium na okres 60 dni odrzucił tę ofertę na podstawie dodatkowego oświadczenia Wykonawcy, sprzecznego z treścią dokumentu składającego się na ofertę.

Jeżeli treść oświadczenia wzbudziła u Zamawiającego wątpliwości, co do rzeczywistego terminu związania ofertą winien dążyć do wyjaśnienia rozbieżności, bowiem mamy do czynienia z najkorzystniejszą ofertą pod względem ceny, która była jedynym kryterium oceny ofert. W wyroku KIO z dnia 16 czerwca 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 535/08 stwierdzono: *„skoro przedłożony dokument wzbudził obiektywne wątpliwości zamawiającego, zobowiązany on był do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości z nim związanych. Dopóki nie wyjaśni on w sposób autorytatywny swojego przypuszczenia o rzekomej sprzeczności treści oferty wykonawcy, to nie można odrzucić tej oferty.”* Przy czym na podkreślenie zasługuje również stanowisko KIO, która w wyroku z dnia 2 września 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 865/08 stwierdziła: *„W sytuacji dwóch możliwych interpretacji Zamawiający nie powinien przyjmować z góry rozwiązania (interpretacji) niekorzystnego dla Wykonawcy”.*

Czynności wyjaśniające, zgodnie z art. 87 ust.1 Pzp Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie tylko mógł, ale i był zobligowany przeprowadzić, zważywszy na fakt, że następną w kolejności ofertą jest oferta spółki zależnej od Zamawiającego - Energoserwis Sp. z o.o. z siedzibą w Kleszczowie, której we wcześniejszych latach udzielał tego typu zamówienia. Biorąc pod uwagę konieczność zachowania zasady należytej staranności przy przeprowadzaniu postępowania, a także poszanowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów, Zamawiający podczas oceny ofert powinien wyjaśnić wszystkie wątpliwości, jakie nasuwają się po zapoznaniu się z treściami ofert. Nie powinno być cienia podejrzeń, że Zamawiający faworyzuje swoją spółkę „córkę”.

Reasumując, w ocenie Odwołującego brak było jakichkolwiek podstaw do odrzucenia jego oferty, jako sprzecznej z treścią SIWZ. Jeżeli w ofercie znalazło się oświadczenie Wykonawcy, nie wymagane w treści SIWZ, stojące w sprzeczności z treścią oferty w zakresie terminu związania ofertą, rolą Zamawiającego, który winien dbać o przejrzystość postępowania, było zwrócenie się o wyjaśnienie rozbieżności w trybie przewidzianym w art. 87 ust.1 Pzp i dopiero wówczas podjęcie odpowiedniej decyzji. Zamawiający winien dążyć do wyboru najkorzystniejszej oferty, przy zachowaniu zasad określonych min. w art. 7 Pzp.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (wpływ bezpośredni).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, treścią spornej oferty, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron zaprezentowanych na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), podczas gdy cenowo była najkorzystniejsza, miał interes prawny w złożeniu tak protestu, jak i odwołania. W przypadku uwzględnienia odwołania i unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych w odwołaniu zarzutów, Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, z uwagi na niezasadność odrzucenia oferty Odwołującego, Izba uznała w/w zarzut za potwierdzony. Podstawą faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego było złożenie oświadczenia (załącznik nr 2) o 30 dniowym terminie związania ofertą, przy wymaganym 60 dniowym.

Oдноśnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, skład orzekający Izby ustalił:

W Sekcji IV pkt 3.6 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał, że minimalnym okresem, w którym oferent będzie związany ofertą – wynosi 60 dni (od ustalonej daty składania ofert). Natomiast w Sekcji III pkt 1: „*Warunki dotyczące zamówienia*” ppkt 1: „*Wymagane wadła i gwarancje*” ustalono, że Wykonawcy składający oferty zobowiązani są do wniesienia wadium przed upływem składania ofert. Wadium powinno obejmować okres związania ofertą.

Zamawiający w Rozdz. XIX SIWZ (str. 15): „*Termin związania ofertą*” wskazał, że Wykonawcy będą związani ofertą przez okres 60 dni, licząc od upływu terminu do składania ofert określonego w Rozdz. X ust. 2. Z kolei w Rozdz. XIV: „*Wadium*” pkt 1 SIWZ (str. 12) zostało określone, że Wykonawcy składający oferty zobowiązani są do wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert. Wadium powinno obejmować okres związania ofertą.

Ponadto, w Sekcji III pkt 2: „*Warunki udziału*” ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał warunki udziału w postępowaniu oraz dokumenty oraz oświadczenia, które należy złożyć na potwierdzenie spełniania tych warunków. Podobnie w Rozdz. VI i VII SIWZ. Jedynym oświadczeniami, o których jest w nich mowa wprost, to oświadczenie przewidziane w art. 44 Pzp, którego wzór stanowi załącznik nr 3 do SIWZ oraz oświadczenie/dokument potwierdzający że dostarczone wyroby będą posiadały atest higieniczny, kartę charakterystyki materiału, deklaracje zgodności wyrobu z aprobatą techniczną producenta lub Krajową Deklarację Zgodności lub certyfikat EC oraz oznakowanie CE lub znakiem budowlanym B.

Z kolei zgodnie z Rozdz. IX SIWZ: „*Opis sposobu przygotowania oferty*” pkt 3 SIWZ oferta powinna składać się z następujących dokumentów według wykazu:

1. Formularza ofertowego zawierającego wszystkie informacje zawarte we wzorze stanowiącym załącznik nr 2.
2. Oświadczenia zawierającego wszystkie informacje zawarte we wzorze stanowiącym załącznik nr 3.
3. Zestawu oświadczeń i dokumentów, o których mowa w Rozdz. VII SIWZ.

4. Oryginału pełnomocnictwa (...).
5. Paraflowanego wzór umowy – załącznik nr 4.
6. Dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium przez Wykonawcę, jeżeli wadium zostało wniesione w formie pieniężnej lub oryginał dokumentu gwarancyjnego wystawionego na rzecz Zamawiającego, jeżeli wniesiono je w innej formie przewidzianej Pzp.

Na str. 15 SIWZ wymieniono także wykaz załączników do SIWZ, wśród których jest tylko jeden załącznik nr 2 do SIWZ – Formularz ofertowy, treść niniejszego załącznika nie obejmuje jakiegokolwiek oświadczenia względem terminu związania ofertą.

Odwołujący złożył wraz z ofertą na 3 części zamówienia wszystkie wymagane w Rozdz. IX SIWZ dokumenty, w tym załącznik nr 3 oraz formularz ofertowy, na każdą część oddzielnie. Nadto, wraz z ofertą złożył drugi załącznik nr 2 oprócz załącznika nr 2 do Specyfikacji „Formularz ofertowy”, w którym m.in. zawarte było oświadczenie, że składający je Wykonawca jest związany złożoną ofertą „przez okres 30 dni od dnia upływu terminu złożenia oferty”. Wadium Odwołujący wniósł w formie gwarancji przetargowej ubezpieczeniowej z dnia 06.03.2009 r. Na podstawie której wystawca, tj. towarzystwo ubezpieczeniowe nieodwołalnie i bezwarunkowo gwarantuje wypłatę na rzecz Zamawiającego wymaganej kwoty wadium (sumy gwarancyjnej). Gwarancja obowiązuje od 09.03.2009 r. do dnia 09.05.200 r., czyli 60 dni.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na złożenie oświadczenia (załącznik nr 2) o 30 dniowym terminie związania ofertą, przy wymaganym 60 dniowym. Przy czym, w ramach rozstrzygnięcia protestu Zamawiający stwierdził, że w dokumentach wymaganych do złożenia przez Wykonawców nie było załącznika nr 2 o treści złożonej przez Odwołującego. Treść stała się podstawą odrzucenia oferty Odwołującego.

Podniósł także, że o tym, iż złożone przez Odwołującego oświadczenie w ramach załącznika nr 2, nie było dokumentem dla niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, świadczy także fakt, iż żaden z pozostałych Wykonawców, którzy złożyli oferty, nie załączył takiego oświadczenia.

Odnosząc zapisy ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ do powyższego stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba przyjęła jako fakt bezsporny, że oświadczenie złożone przez Odwołującego w ramach drugiego załącznika nr 2 nie było wymagane przez Zamawiającego, co niniejszy sam potwierdził w rozstrzygnięciu protestu oraz na rozprawie. Z tych względów, zdaniem Izby, niedopuszczalne jest wyciąganie negatywnych skutków ze złożenia nie wymaganego oświadczenia przez Odwołującego.

Po drugie, w ocenie Izby, tak z ogłoszenia o zamówieniu, jak i SIWZ, nie wynika konieczność złożenia przez Wykonawców oddzielnego oświadczenia odnośnie wymaganego terminu związania ofertą. Powyższe stanowisko zostało także potwierdzone na rozprawie przez Zamawiającego. Z analizy zapisów ogłoszenia o zamówieniu, jak i SIWZ, wynika również, że jedynym dokumentem, z którego wynika termin związania ofertą jest wadium złożone w innej formie niż pieniężna.

Po trzecie, należy wskazać, że złożenie oferty jest przystąpieniem do przetargu przez danego Wykonawcę, tj. stanowi zawiązanie się stosunku przyrzeczenia publicznego, tzn. porozumienia proceduralnego, generowanego przez ogłoszenie i SIWZ. W przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący poprzez złożenie oferty przyjął wszystkie warunki wymagane przez Zamawiającego w ogłoszeniu oraz SIWZ. Wobec braku wymogu złożenia oddzielnego oświadczenia w kwestii terminu związania ofertą przez uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w ocenie Izby, należy przyjąć, że: *primo* nie wymagane oświadczenie nie wywołuje żadnych skutków prawnych, *secundo* poprzez złożenie oferty w niniejszym postępowaniu Odwołujący, w sposób dorozumiany, przyjął warunek związania ofertą przez 60 dni. Niniejsze stanowisko znajduje także potwierdzenie w gwarancji przetargowej ubezpieczeniowej z dnia 06.03.2009 r. złożonej przez Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała zarzut za zasadny.

Odnośnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust.1 oraz art. 7 ust. 1-3 Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego względem rozbieżnych oświadczeń złożonych w ofercie, czy też dążenia Zamawiającego do wyboru oferty najkorzystniejszej bez zachowania zasad określonych w art. 7 Pzp, Izba stwierdza, że w/w zarzuty nie mogą być przedmiotem rozpatrzenia. Zgodnie bowiem z art. 191 ust. 3 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, co miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym.

Na marginesie, Izba stwierdza, iż budzi niepokój praktyka Zamawiającego, który decyzje o odrzuceniu oferty dokonuje *de facto* wcześniej niż wybór oferty najkorzystniejszej zawiadamiając o tym fakcie niezgodnie z dyspozycją art. 92 ust.1 pkt 2 Pzp. Izba zwraca uwagę, iż od 2006 r. czynności niniejsze muszą mieć charakter równoczesny i tak wykluczenie Wykonawcy z udziału w postępowaniu oraz odrzucenie jego oferty nie może mieć miejsca wcześniej niż wybór. Izba w przedmiotowym stanie faktycznym nie mogła orzekać w niniejszej kwestii z uwagi na nie objęcie naruszenia art. 92 Pzp zakresem zarzutu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3600 zł., tj. maksymalnej kwocie dopuszczanej przez w/w rozporządzenie.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....