

<b>W P L Y N Ę Ł O</b>	
Sekretariat Urzędu Miejskiego w Dobrodzieniu	
data .....	2.9. PAŹ. 2009
nr dz. ....	
znak .....	
ilość załączników .....	011

Kluczbork, dn.29.10.2009 r.

Gmina Dobrodzień  
ul. Pl. Wolności 1  
46 – 380 Dobrodzień

### **PROTESTUJĄCY;**

#### **OMICRON'S S.R.L.**

Via Enrico Toti n.6  
POLICORO (MATERA)  
Via Ostigliese n.45  
46030 LIBIOLA DI SERRAVALLE PO (MN)  
Part. IVA 00564840775

Dot. przetarg nieograniczony pn. „**Uporządkowanie gospodarki ściekowej w Dobrodzieniu**”

Protestujący na podstawie art. 180 ust.1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U.Nr 19, poz. 177, Nr 96, poz. 959 i nr 116, poz.1207) zwanej dalej ustawą

#### **SKŁADA PROTEST**

Na czynności podjęte przez Zamawiającego polegającą na ;

1. odrzucenie oferty Protestującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt.2 ustawy,
2. dokonaniu wyboru oferty złożonej przez P.P.U. – H. „HYDROMONT” inż. Jan Olszewski, ul. Wrocławska 62, 45 – 701 Opole pomimo, że oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą,
3. nie wezwaniu Protestującego o uzupełnienie dokumentu w zakresie „Formularz kosztorysu ofertowego” (jeżeli zamawiający traktuje ten dokument jako niezbędny do oceny spełnienia warunku) na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy,
4. nie dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 91 ust.1.

**Zamawiający takim działaniem naruszył przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych, a w szczególności;**

1. art. 7 ust. 1 a tym samym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 89 ust.1 pkt 2 poprzez odrzucenie oferty pomimo, że treść oferty Protestującego jest zgodny z treścią z specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. 26 ust. 3 poprzez nie wezwanie Protestującego do złożenia dokumentu – „formularz kosztorysu ofertowego”, który uważany jest przez Zamawiającego jako dokument potwierdzający spełnienie warunku,
4. art. 91 ust.1 po przez nie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.





Protestujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia protestu w dniu 22.10.2009 r. w związku z tym protest jest składany w terminie 7 dni od dnia, w którym protestujący powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia protestu, co jest zgodne z art. 180 ust. 2 Prawa Zamówień Publicznych.

### UZASADNIENIE

Zamawiający dnia 22.10.2009 r. poinformował nas, że dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, którą złożył wykonawca P.P.U. – H. „HYDROMONT” inż. Jan Olszewski, ul. Wrocławska 62, 45 – 701 Opole. Jednocześnie w tym samym dniu tj. 22.10.2009 r. otrzymaliśmy decyzję Zamawiającego o odrzuceniu naszej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt.2 ustawy. Jako uzasadnienie faktyczne Zamawiający podaje, że nie dołączyliśmy do oferty wymaganego punktem 6.11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w niniejszym postępowaniu, którym jest „Formularz kosztorysu ofertowego” (zał. Nr 7 do siwz).

Z taką decyzją Zamawiającego nie możemy się zgodzić.

Faktem jest, że Zamawiający w punkcie 6 SIWZ wyszczególnił wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jednym z wymienionych dokumentów jest „Formularz kosztorysu ofertowego” (zał. Nr 7) – pkt.6.11 siwz.

**Zgodnie z powyższym zapisem jak również z żądaniem Zamawiającego wynikającym z załącznika nr 1 – „OFERTA” – cena „wynikająca z kosztorysu ofertowego” a nie z „Formularza kosztorysu ofertowego” załączyliśmy do oferty kosztorys ofertowy, który zawiera wszystkie informacje jakie zamawiający przedstawił w „Formularzu kosztorysu ofertowego” (zał. Nr 7 ). Dlatego stwierdzamy, że załączyliśmy do oferty kosztorys ofertowy, jednakże nie na druku zamawiającego pn; „Formularz kosztorysu ofertowego”, co jest niezgodne z formą wymaganą przez Zamawiającego natomiast wymagana treść wynikająca z załącznika nr 7 została przez Protestującego zachowana. **Przedłożenie kosztorysu ofertowego nie na „formularzu kosztorysu ofertowego” - załącznik 7 do siwz dotyczy formy przedstawionej oferty a nie jej treści.** Na potwierdzenie tej tezy nadmieniamy, że zgodnie z treścią art. 89 ust.1 pkt.2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z wypowiedzią Zespołu Arbitrów – Wyrok ZA z dnia 24.01.2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-82/05 oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmiennosc ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Precyzyjniejsze stanowisko zajął inny skład arbitrów; niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Dlatego nie ulega wątpliwości, że „nieodpowiedniość” treści oferty może dotyczyć tylko wymagań merytorycznych określonych w specyfikacji. Zachodzi, ona zatem wyłącznie w odniesieniu do treści merytorycznej oferty, a nie jej formy – Wyrok Zespołu Arbitrów z 18.01.2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-4/05 i wyrok z 11.03.2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-416/05.**



Zaznaczyć należy, że w świetle orzecznictwa arbitrażowego za uchybienia w zakresie formy, a nie treści oferty (**tj. nie skutkujące odrzuceniem oferty**), należy uznać w szczególności; brak numeracji stron, błędne podanie liczby stron oferty, brak trwałego spięcia oferty, brak parafy, brak pieczętki pod oświadczeniem woli, brak podania wydziału sądu rejestrowego, brak potwierdzenia za zgodność z oryginałem kopii oferty, brak podpisu na każdej stronie oferty, **wpisanie ceny nie na formularzu cenowym, lecz na osobnej karcie** – Wyrok Zespołu Arbitrów z 14.03.2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-423/05 itp.

**W związku z przedstawioną argumentacją stwierdzamy, że załączenie kosztorysu ofertowego nie na druku załącznika nr 7 stanowi uchybienie w zakresie formy a nie co do treści oferty i tym samym nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż jej treść jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**

Na szczególną uwagę zasługuje fakt, że Zamawiający traktuje załącznik nr 7 – „formularz kosztorysu ofertowego” jako dokument mający potwierdzić spełnienie warunku. Zamawiający jednak nie precyzuje o jaki warunek chodzi. Przypominamy, że warunki niniejszego postępowania zostały określone w punkcie 5 i nie bardzo wiadomo, którego spełnienie ma dokumentować załącznik nr 7 – „Formularz kosztorysu ofertowego”. Dlatego też twierdzenie Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia naszej oferty, że brak załącznika nr 7 powoduje nie spełnienie jakiegoś warunku jest działaniem chybionym, gdyż dokument ten nie znajduje się w katalogu dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne wynikające z Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 87, poz. 605)

Zatem należy pamiętać o tym, że mimo tego iż ustawodawca wyposażył Zamawiającego w szereg uprawnień w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to nie oznacza, iż Zamawiający nie jest w żaden sposób ograniczony i może ustanawiać wymagania w sposób dowolny i całkowicie uznaniowy. W tym miejscu zaznaczamy, że Zamawiający przy określeniu warunków udziału w postępowaniu powinien mieć na względzie fakt, że musi być możliwe ich zweryfikowanie na podstawie dokumentów, jakie wykonawcy mają złożyć w postępowaniu – postawienie kryteriów zgodnie z art. 22 ust.1 ustawy PZP, ale niedających się zweryfikować za pomocą dokumentów określonych w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, należałoby uznać za niezgodne z przepisami. – G. Wicik, P. Wiśniewski „prawo zamówień publicznych. Komentarz W - wa 2007 str.158.

Zaznaczyć należy również, że wykonawcę nie mogą obciążać wadliwie lub nieprecyzyjnie skonstruowany opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków postępowania. „**Wskazane jest, aby warunki udziału w postępowaniu były precyzowane w taki sposób, aby dokumenty których może żądać zamawiający pozwalały we właściwy sposób ocenić, czy zostały one spełnione**” – PZP Komentarz pod redakcją T. Czajkowskiego wydanie trzecie str.128.

Wskazujemy również, że do oferty zostało dołączone oświadczenie Protestującego składane w trybie art. 22 ust.1 ustawy PZP (załącznik nr 2 do SIWZ) z którego wynika, że Protestujący spełnia wszystkie warunki do wykonania zamówienia. Oświadczenie składane przez wykonawców na podstawie art. 22 ustawy PZP jest dokumentem prywatnym, wystawianym przez wykonawcę w stosunku do konkretnych warunków danego postępowania. Z faktem, że oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu jest dokumentem prywatnym wiąże się to, że nie korzysta ono z



domniemania prawdziwości zawartych w nim oświadczeń. Ponadto oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu nie jest oświadczeniem woli, ale oświadczeniem wiedzy danego wykonawcy dotyczące tego, że spełnia on warunki udziału określone przez zamawiającego w treści specyfikacji.

*Zapisy specyfikacji nie powinny mieć zastosowania, gdy odwołanie na zamawiającego*  
**Jeżeli jednak zamawiający traktuje dokument zał.7 – „Formularz kosztorysu ofertowego” jako wynikający z art. 25 ustawy Pzp i stwierdził jego brak w naszej ofercie to czynność jej odrzucenia to czynność jej odrzucenia powinna być poprzedzona żądaniem uzupełnienia tego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3.** Obowiązek z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych odnosi się również do dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy, usługi i roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawców do złożenia dokumentów, które nie zostały złożone wraz z ofertą. Nie może budzić wątpliwości, iż obowiązek z art. 26 ust. 3 ustawy dotyczy wszystkich dokumentów, o których mowa w wydanym na podstawie art. 25 ust. 2, rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w tym także ewentualnych próbek, których może żądać zamawiający.

*Skubiszak-Kalinowska Irena PPH.2007.7.13*

„...Z brzmienia przepisu art. 26 ust. 3 prawa zamówień publicznych wynika, iż zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawców do uzupełnienia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów, które potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu (tj. dokumentów o charakterze podmiotowym - § 1 i § 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane). Obowiązek ten obecnie dotyczy również dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi, roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (tj. dokumentów wymienionych w przepisie § 3 wspomnianego powyżej rozporządzenia)...”

Dlatego stwierdzamy, że Zamawiający dokonał odrzucenia naszej oferty z postępowania z naruszeniem nie tylko art. 89 ust.1 pkt 2 ale również art. 26 ust. 3 ustawy.

**W związku z powyższymi argumentami stwierdzamy, że nasza oferta spełnia wszystkie wymogi zamawiającego i tym samym nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt.2 ustawy w związku z zapisem punktu 19 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**

Nadmienić należy, że z treści oferty Protestującego oraz z całości zawartych w niej oświadczeń wynika zamiar wykonania zamówienia w sposób zgodny z wymogami specyfikacji. Dokonując badania i oceny ofert, zamawiający powinien brać pod uwagę; całość jej treść, uwzględnić okoliczności jej złożenia oraz badać zamiar strony, a nie opierać się