Sygn. akt: KIO 2854/12

WYROK
z dnia 10 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-śuraw

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2012 r. przez wykonawcę **MERCURY ENGINEERING Polska Sp. z o.o., 02-697 Warszawa, ul. W. Rzymowskiego 53** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet im. A. Mickiewicza, 61-712 Poznań, ul. Wieniawskiego 1**

przy udziale wykonawcy **LINK Sp. z o.o., 60-454 Poznań, ul. Lubowska 73** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża **MERCURY ENGINEERING Polska Sp. z o.o., 02-697 Warszawa, ul. W. Rzymowskiego 53** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **MERCURY ENGINEERING Polska Sp. z o.o., 02-697 Warszawa, ul. W. Rzymowskiego 53** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu.**

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2854/12

Uzasadnienie

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, ul. Wieniawskiego 1, 61-712 Poznań (dalej „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp") pn. "Budowa budynku Wydziału Historycznego (bez wyposażenia) wraz z zagospodarowaniem terenu, drogi i zielenią". Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oszacowano na kwotę większą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 lipca 2012 r., numer ogłoszenia 2012/S 138-230286.

W dniu 21 grudnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Mercury Engineering Polska sp. z o.o., ul. Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa (dalej „Odwołujący") od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. od:

1) czynności badania i oceny ofert;

2) czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jako niezgodnej z ustawą Pzp;

3) zaniechania ewentualnego poprawienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;

Ww. czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego, Odwołujący stawiał następujące zarzuty:

1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z ustawą Pzp;
2) naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że wyjaśnienia Odwołującego z dnia 28 listopada 2012 r. złożone na wezwanie Zamawiającego z dnia 22 listopada 2012 r. doprowadziły do merytorycznej zmiany treści oferty;
3) naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ewentualnego poprawienia oferty Odwołującego,
4) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób

naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania w całości
2) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności badania i oceny ofert;
3) ponowne przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonania ponownego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego,
4) zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący otrzymał faksem w dniu 12 grudnia 2012 r., a zatem niniejsze odwołanie wnoszone jest z zachowaniem terminu wynikającego z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 21 grudnia 2012 r. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazywał, że niewątpliwie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego, zostałaby ona wybrana jako najkorzystniejsza, albowiem uzyskałaby najwyższą liczbę punktów. Powyższe dowodzi spełnienia przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący podnosił, iż podstawę wniesienia odwołania stanowi decyzja Zamawiającego (pismo z dnia 11 grudnia 2012 r. znak: ZP/77/B/12/24) o wyborze oferty Link Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jako niezgodnej z ustawą Pzp. W piśmie tym Zamawiający wskazał, że Odwołujący, wezwany w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dokonał zmiany treści oferty złożonej dnia 05 września 2012 r. poprzez wskazanie, że część zamówienia zostanie zrealizowana przez podwykonawcę - w zakresie instalacji okablowania strukturalnego przez firmę BCS sp. j. oraz w zakresie realizacji dostaw urządzeń aktywnych sieci WiFi przez firmę Newind Grupa Apator Sp. z o.o. Zamawiający uznał przy tym, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia doprowadziły do niedopuszczalnej na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zmiany treści oferty Odwołującego. Z uwagi na powyższe Zamawiający postanowił odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, uznając ją za niezgodną z ustawą. Odwołujący podnosił, że odrzucenie jego oferty nie znajduje oparcia w stanie faktycznym przedmiotowego

postępowania oraz zostało dokonane bezpodstawnie, z naruszeniem wskazanych w niniejszym odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Odwołujący wskazywał, co następuje:

I. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp

W niniejszej sprawie istotne znaczenie ma fakt, iż Zamawiający nie zastrzegł w SIWZ (pomimo uprawnienia przewidzianego w art. 36 ust. 5 ustawy Pzp), że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. W pkt 10.10 SIWZ wymagał jedynie wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie wykonawca powierzy

podwykonawcom. Wobec braku zastrzeżenia o niemożliwości powierzenia części lub całości zamówienia podwykonawcom wykonawcy mogli powierzyć nawet w całości wykonanie zamówienia podwykonawcom. Zatem zakres podwykonawstwa wynikający z oferty w stosunku do faktycznego zakresu podwykonawstwa nie ma wpływu na treść oferty i w konsekwencji na ocenę jej zgodności z treścią postanowień SIWZ (tak też KIO w wyroku z dnia 28 lipca 2011 r., KIO 1539/11).

Zdaniem Odwołującego należy przy tym wskazać, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej utrwalił się pogląd (np. wyrok KIO w składzie 3-osobowym z dnia 10 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1117/09, wyrok z dnia 21 października 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2191/10), iż „podanie lub brak informacji o zakresie podwykonawstwa, poza walorem informacyjnym, nie rodzi żadnego skutku zobowiązaniowego, co do sposobu wykonania zamówienia określonego w ofercie". W wyroku tym KIO wyjaśniła, iż „Brak informacji o zakresie podwykonawstwa nie ma wpływu na merytoryczną zawartość złożonej oferty. Brak wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie zostanie powierzone podwykonawcom, nie może zostać zakwalifikowany jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, skutkującą odrzuceniem oferty". Określenie w ofercie części zamówienia, których realizację wykonawca planuje powierzyć podwykonawcom nie stanowi więc merytorycznej treści oferty, ma jedynie znaczenie informacyjne.

Biorąc pod uwagę powyższe należy uznać, że uszczegółowienie przez Odwołującego na etapie składania wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp informacji co do zakresu planowanego podwykonawstwa nie może być traktowane jako zmiana treści oferty, którą należy rozumieć jako zobowiązanie wykonawcy co do sposobu wykonania zamówienia (tak też KIO w wyroku z dnia 28 lipca 2011 r., KIO 1539/11). Również w wyroku z dnia 16 maja 2012 r. (KIO 890/12) KIO uznała za prawidłowe wyjaśnienie zakresu planowanego podwykonawstwa poprzez wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W wyroku tym Izba stwierdziła wprost: „Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że ewentualne potwierdzenie informacji [w wyjaśnieniach] o udziale

podwykonawcy prowadziłoby do niedopuszczalnej zmiany treści oferty".

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący podnosił, iż przepisy ustawy Pzp nie przewidują jakiejkolwiek negatywnej konsekwencji za niepodanie lub niepełne podanie informacji co do zakresu przyszłego podwykonawstwa. W szczególności okoliczność ta nie stanowi podstawy do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ustawy Pzp ani też do odrzucenia złożonej przez niego oferty na którejkolwiek z podstaw, wskazanych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Pogląd ten został potwierdzony w wielu orzeczeniach KIO (tak np. KIO w wyroku z dnia 06 lutego 2009 r. (KIO/UZP 109/09) oraz w wyroku z 21 października 2010 r. (KIO 2191/10). Brak konsekwencji prawnych nie podania takich informacji został zaakcentowany w wyroku z dnia 06 lutego 2009 r. (KIO/UZP 109/09). W wyroku tym KIO stwierdziła, iż „Stanowisko to znajduje swoje potwierdzenie także w treści art. 36 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym to wykonawca ma pełną swobodę w określeniu sposobu realizacji zamówienia i powierzeniu go w całości lub w części podwykonawcom, bez względu na podanie tego faktu w treści oferty. Swoboda Wykonawcy została ograniczona jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że całość bądź część zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom". Jak wskazano wyżej, w przedmiotowym postępowaniu taki przypadek nie miał miejsca. Podobne stanowisko zajęła KIO w wyroku z dnia 21 października 2010 r. (KIO 2191/10) , w którym stwierdziła, iż „samo niewypełnienie nawet prawidłowo wyrażonych, tj. zgodnych z art. 36 ust. 4 ustawy żądań zamawiającego dotyczących wskazania zakresu podwykonawstwa (np. nie podanie informacji o planowanym podwykonawstwie w przypadku gdy w rzeczywistości wykonawca zamierza wykonywać zamówienie lub jego część z pomocą podwykonawców) pozbawione jest jakichkolwiek negatywnych konsekwencji prawnych dla wykonawcy wyrażonych w ustawie, tj. nie jest sytuacją opisaną w dyspozycjach art. 24 lub 89, na podstawie których wykonawca może jedynie pozbawiony zostać możliwości uzyskania zamówienia". Pogląd ten został potwierdzony również przez Krajową Izbę Odwoławczą w cyt. wyżej wyroku KIO w 3-osobowym składzie z dnia 10 września 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1117/09), gdzie

wskazano wprost, iż: „Zamawiający nie może odrzucić oferty w związku z brakiem załączenia przez wykonawcę oświadczenia w przedmiocie nie powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom czy wskazania zakresu zamówienia, który podwykonawstwem zostanie objęty". W wyroku tym Izba wskazała również, iż te „okoliczności nie stanowią podstawy odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy a także [...] na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp".

W związku z odrzuceniem oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy

Pzp Odwołujący podnosił, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania tego przepisu (jak i któregokolwiek z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, skutkującego odrzuceniem oferty). Zgodnie z dyspozycją tego przepisu, Zamawiający odrzuca ofertę niezgodną z ustawą Pzp. Tymczasem jak wskazała KIO w wyroku z dnia 10 września 2009 r. (wydanym w 3-osobowym składzie, sygn. akt: KIO/UZP 1117/09), odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp na skutek niepodania lub niepełnego podania przez wykonawcę zakresu zamówienia jaki zostanie powierzony podwykonawcom możliwe byłoby jedynie w sytuacji, gdyby art. 36 ust. 4 ustawy Pzp nakładał tego typu obowiązek bezpośrednio na wykonawcę. Jak wyjaśniła to KIO w tym wyroku: „Dla przykładu - przepis w brzmieniu "Wykonawca podaje w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom" nie pozostawiałby wątpliwości, iż jego złamanie przez wykonawcę skutkuje zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w stosunku do jego oferty". Natomiast przepisy ustawy Pzp, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w obowiązującym brzmieniu nie pozwalają na odrzucenie oferty z powodu niepodania w niej pełnej informacji dotyczącej planowanego przez wykonawcę podwykonawstwa.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że oferta Odwołującego została złożona zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a jej treść nie została zmieniona wyjaśnieniami złożonymi pismem z dnia 28 listopada 2012 r. Poza tym nawet gdyby (przy czym są to rozważania teoretyczne) w drodze złożonych wyjaśnień doszło do naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (poprzez niedopuszczalną zmianę oferty), okoliczność ta nie stanowi o wyczerpaniu dyspozycji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jak zdaje się przyjmować Zamawiający w powiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Nie bez znaczenia jest przy tym fakt, że we wcześniejszych wyjaśnieniach, składanych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, skierowane do Odwołującego pismem z dnia 02 października 2012 r., Odwołujący potwierdził, że wymagane certyfikaty lub oświadczenia producenta zostaną przedstawione na etapie realizacji zamówienia oraz, że dostawa urządzeń aktywnych sieci WiFi zostanie zrealizowana przez firmę o statusie autoryzowany partner Cisco. Zatem już z tych wyjaśnień wynika, że na etapie realizacji zamówienia Odwołujący będzie współpracował z firmami spełniającymi wymagania Zamawiającego. Wyrokiem z dnia 09 listopada 2012 r. (KIO 2332/12), wydanym w niniejszym postępowaniu, KIO potwierdziła, iż wykonawcy nie mieli obowiązku składać wraz z ofertą dokumentów wymienionych w załączniku nr 4- 4-1 do SIWZ „Instalacja strukturalna" tom IV WH/P/1, pkt 2.1.2.1. oraz pkt 4.4.1. Dokumenty te będą zatem wymagane na etapie realizacji zamówienia od podmiotu bezpośrednio realizującego zamówienie i dokumentami tymi dysponują podmioty, z którymi Odwołujący stale współpracuje przy realizacji zamówień

tego typu. Jednocześnie Izba nakazała Zamawiającemu przeprowadzić postępowanie wyjaśniające mające na celu ustalenie zdolności zrealizowania przez Odwołującego zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. W wyniku wyjaśnień Odwołujący jednoznacznie wykazał, składając dodatkowo odpowiednie dokumenty, iż przedmiot zamówienia będzie realizowany w sposób odpowiadający wymaganiom Zamawiającego przy udziale podmiotów, z którymi Odwołujący współpracuje. Tym samym wszelkie wątpliwości w tym zakresie zostały wyjaśnione. Natomiast sam fakt poinformowania Zamawiającego o realizacji części zamówienia przez podwykonawcę oraz o zrealizowaniu dostawy przez partnera handlowego Odwołującego na etapie składanych dwukrotnie wyjaśnień nie może nieść dla Odwołującego negatywnych konsekwencji prawnych, co

zostało szczegółowo wykazane powyżej.

Odwołujący zwracał przy tym uwagę, że w wyjaśnieniach z dnia 28 listopada 2012 r. wskazał, iż dostawę urządzeń aktywnych sieci WiFi wykona firma NEWIND Grupa Apator Sp. z o.o. posiadająca status autoryzowanego partnera Cisco. Firma NEWIND Grupa Apator Sp. z o.o. będzie więc jedynie dostawcą urządzeń, a zatem nie ma podstaw do traktowania jej jako podwykonawcy realizującego jakąkolwiek część zamówienia.

III. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

Odwołujący podnosił przy tym, iż - jak wskazał w wyjaśnieniach z dnia 28 listopada 2012 r. - wszystkie dotychczasowe kontrakty, zbliżone do przedmiotowego zamówienia, realizuje przy współpracy ze wskazanymi w tych wyjaśnieniach podwykonawcami, którzy są wysoce wyspecjalizowanymi podmiotami, posiadającymi stosowne uprawnienia i certyfikaty, spełniającymi standardy określone przez Zamawiającego w załączniku nr 4-4-1 do SIWZ „Instalacja strukturalna" tom IV WH/P/1. Jedynie przez przeoczenie zakres zamówienia, który standardowo w działalności Odwołującego nie jest realizowany bezpośrednio przez niego, lecz przez współpracujących z nim partnerów nie został wskazany w formularzu oferty. Okoliczność ta, jak wskazano wyżej, nie stanowi jednak podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego na którejkolwiek podstawie spośród wymienionych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp.

Jeśli natomiast Zamawiający stoi na stanowisku, iż na skutek wyjaśnienia zakresu podwykonawstwa konieczne jest poprawienie oferty Odwołującego, to mógł to uczynić korzystając z możliwości przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten pozwala na poprawianie w treści oferty omyłek, niemających charakteru oczywistego, polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Jak wskazano wyżej, potwierdzenie udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia

w zakresie omyłkowo niewskazanym przez Odwołującego w Formularzu oferty nie stanowi jakiejkolwiek zmiany jego zobowiązania, tym samym nie stanowi jakiejkolwiek zmiany treści oferty (nie mówiąc o istotnej). Wyeliminuje jedynie wątpliwości co do prawidłowego wykonania zamówienia na etapie realizacji umowy. Oferta Odwołującego może więc być w tym zakresie poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Możliwość poprawienia oferty na podstawie tego przepisu, poprzedzona wyjaśnieniem przez wykonawcę zakresu planowanego podwykonawstwa (na wezwanie zamawiającego), została potwierdzona w orzecznictwie KIO (np. wyrok KIO z dnia 16 maja 2012 r., KIO 890/12, wyrok KIO z dnia 28 lipca 2011 r. KIO 1539/11).

Odwołujący wyjaśniał przy tym, iż wskazuje na możliwość poprawienia jego oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z daleko idącej ostrożności, albowiem - co do zasady - stoi na stanowisku, iż w wyniku uzyskanych wyjaśnień (nawet bez dokonania poprawek w Formularzu oferty) Zamawiający uzyskał pewność, iż oferta Odwołującego pozwala na przyjęcie, że przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany prawidłowo, z poszanowaniem wszystkich wymogów Zamawiającego.

IV. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

W związku z naruszeniem przez Zamawiającego wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp należy przyjąć, iż Zamawiający prowadzi postępowanie z naruszeniem podstawowych zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. W zaistniałym stanie faktycznym i prawnym, mając na uwadze przytoczoną argumentację oraz przepisy ustawy Pzp, należy uznać, iż niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i konieczne.

Ze względu na powyższe, Odwołujący wnosił jak na wstępie.

W dniu 21 grudnia 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 24 grudnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy - Link sp. z o.o. ul. Lubowska 73, 60-454 Poznań (dalej jako "Przystępujący"). Przystępujący wskazywał, że Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego, zatem

utrzymanie w mocy decyzji Zamawiającego nie stanowi ryzyka utraty kontraktu po stronie Przystępującego. Ponadto w interesie Zamawiającego jest podtrzymanie decyzji podjętej zgodnie z obowiązującym prawem, a Odwołujący naruszenie tego prawa Zamawiającemu zarzuca. Zamawiający zatem, podważając decyzję wyboru oferty najkorzystniejszej,

zdaniem Przystępującego, naruszy przepisy ustawy Pzp, a to godzi w jego interes. Zamawiającego interes jest zgodny z interesem Przystępującego, aby podtrzymać podjętą zgodnie z przepisami o zamówieniach publicznych decyzję. Ponadto Zamawiający, zdaniem Przystępującego, nie naruszył zarzucanych mu przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp. Co więcej, słusznie Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż Odwołujący w zakresie udzielanych wyjaśnień co do treści złożonej do nin. postępowania oferty, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, skierowane doń zgodnie z nakazem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 9 listopada 2012 r. (sygn. akt KIO 2332/12), w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, dokonał uzupełnienia treści oferty o nowe oświadczenie w zakresie poszczególnych (dwóch) części zamówienia, które będą wykonane przy pomocy, cyt. „partnerów". Odwołujący, de facto, dokonał zmiany zadeklarowanego w ofercie sposobu wykonania zamówienia, gdyż tenże zakres części zamówienia, zgodnie z treścią pkt 11 formularza ofertowego (str. 4 oferty), powierzony podwykonawcom być nie miał. Wykaz części zamówienia, których wykonanie powierzy wykonawca podwykonawcy, nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie są to także informacje, które można uzupełniać, w treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż przedmiotowy zakres realizacji zamówienia, nie był wskazany do powierzenia podwykonawcom w już złożonej ofercie. Uzupełnił także Odwołujący oświadczenie o dwóch nowych podwykonawcach, których w ofercie nie wykazał, a którzy będą wykonywać zamówienie powołując się na ich wiedzę, doświadczenie, potencjał techniczny oraz osobowy. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 22 lipca 2005 r., (sygn. akt V Ca 592/05) wyraził stanowisko, że „Omyłka jest to bowiem niedokładność, przypadkowe przeoczenie czy też błąd pisarski, ale występujące w istniejącym dokumencie". Nie zachodzą tu zatem okoliczności z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, tj. nieścisłości, niejasności, a nawet sprzeczności treści zawartej w już złożonej ofercie, lecz mamy do czynienia z pojawieniem się nowego oświadczenia dot. części zamówienia, których wykonanie będzie powierzone „partnerom", w stosunku do treści oferty, którego w ofercie po prostu nie ma. Zdaniem Przystępującego mamy do czynienia de facto z uzupełnieniem zobowiązania wykonawcy co do sposobu wykonania zamówienia w zakresie merytorycznym. Podkreślenia wymaga, iż Pełnomocnik Odwołującego (Pani J……. J….. - aplikant radcowski z Kancelarii Prawnej J……. T. P……..), przed Krajową Izbą Odwoławczą, w postępowaniu sygn. akt KIO 2332/12, odpowiadając na pytanie Przewodniczącego KIO o odniesienie się do zarzutu braku certyfikatów, a co z tym związane z brakiem możliwości wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ, oświadczyła, iż ten zakres zamówienia wykona Odwołujący zgodnie z pkt 4.4.1 i 2.1.1.1 - zał. do SIWZ oraz iż Odwołujący posiada wszystkie wymagane dokumenty. Oświadczyła także, iż Odwołujący w każdej chwili, może przedstawić na żądanie Zamawiającego dokumenty potwierdzające, iż jej pracownicy posiadają wymagane przez

Zamawiającego certyfikaty. Nie zaprzeczył temu obecny także na rozprawie przed KIO członek Zarządu Odwołującego - Pan J…….. S…….. Potwierdza to jednoznacznie, iż w ramach udzielanych po terminie składania ofert, wyjaśnień, de facto, Odwołujący zmienił zadeklarowany w złożonej ofercie sposób wykonania zamówienia w częściach: dostawy urządzeń aktywnych sieci WiFi oraz instalacji okablowania strukturalnego, tj. z samodzielnego wykonania, na wykonanie tych części zamówienia przez dwóch wskazanych w wyjaśnieniach z nazwy podwykonawców. Odwołujący dokonał w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp uzupełnienia oświadczenia w zakresie dwóch nowych, cyt. „partnerów", na zasoby których się powołuje. Nadmieniał Przystępujący, iż bez udziału tych podmiotów Odwołujący nie jest w stanie wykonać zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego, gdyż nie posiadał i nadal nie posiada przedmiotowych uprawnień i certyfikatów. Nie posiada ich także wskazany w ofercie podwykonawca, tj. firma SLX. Dowodzi takie postępowanie, iż złożone przez Panią Pełnomocnik Odwołującego w postępowaniu sygn. akt KIO 2332/12

oświadczenie, iż spełniał on wymogi Zamawiającego już w dniu składania ofert było co najmniej rozbieżne ze stanem faktycznym.

Zgodnie z pkt. 10.10 SIWZ, cyt. „Wykonawca jest obowiązany wskazać w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom". Odwołujący w udzielonych wyjaśnieniach de facto wskazuje nowe części zamówienia, których wykonanie powierzy nowym partnerom, których to części ani też podwykonawców w formularzu ofertowym ani w innym miejscu złożonej oferty nie wskazał. Uzupełnienie oferty (poprzez poszerzenie zakresu podwykonawstwa w pkt 11 formularza oferty Odwołującego) nastąpiło z rażącym naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Podnieść bowiem należy, iż jednolita interpretacja art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, z której wynika bezwzględny zakaz dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty, została potwierdzona w licznych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej; „Przepis art. 87 ust. 1 p.z.p. pozwala Zamawiającemu, w toku badania i oceny ofert, zwracać się do wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu o wyjaśnienie ich treści. Niedopuszczalne jest prowadzenie negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Po pierwsze należy zauważyć, że jest to uprawnienie przysługujące Zamawiającemu, który powziął wątpliwości co do treści złożonej oferty i bez udziału wykonawcy, który daną ofertę złożył, wątpliwości te nie mogą być wyjaśnione. Przepis ten nie może być wykorzystywany do uzupełniania braków w ofercie lub zmiany jej treści." (wyrok z dnia 21 września 2010r., KIO/UZP 1916/10, LEX nr 686965).
„Ewentualna zmiana w zakresie terminów realizacji poszczególnych, wymaganych analiz, a także złożenie brakujących oświadczeń dotyczących realizacji części przedmiotu zamówienia stanowi istotną zmianę treści oferty." (wyrok z dnia 7 czerwca 2010r. KIO/UZP

949/10).

Powyższe stanowisko jest także ugruntowanym poglądem doktryny: „Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Wskazywany już w komentarzu funkcjonalny sposób rozumienia przez prawo zamówień publicznych pojęcia „oferta" każe przyjąć, że wyjaśnienia, o których mowa, mogą dotyczyć nie tylko oświadczenia woli wykonawcy, ale również załączników, które powinny być traktowane jako integralna część oferty. Podobnie jak w stosunku do samego oświadczenia woli, wyjaśnienia nie mogą jednak zmieniać treści dokumentu." (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz LEX 2007 Komentarz do art. 87 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III). Krajowa Izba Odwoławcza wprost uznała za niedopuszczalne uzupełnienie dokumentu poprzez wskazanie nowego podwykonawcy (którego w pierwotnie złożonej ofercie nie wskazano): „Przepis art. 26 ust. 3 p.z.p. dopuszcza uzupełnienie oświadczeń i dokumentów, ale wyłącznie w zakresie określonym w art. 25 ust. 1 p.z.p. Wprowadzenie nowego podwykonawcy, nie wskazanego wcześniej w treści oferty stanowi niedopuszczalne uzupełnienie treści oferty i zmianę określonego w ofercie sposobu spełnienia świadczenia." (wyrok KIO z dnia 14 lipca 2010r., sygn. akt KIO/UZP 1333/10).

Jednocześnie brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, by niewskazanie w ofercie określonego podmiotu jako podwykonawcy mogło zostać potraktowane jako omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej: „Art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p wskazuje, że zamawiający musi poprawić w ofercie inne (niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zatem, aby zamawiający mógł dokonać takiej korekty, konieczne jest jednoczesne wystąpienie trzech elementów:
a) omyłki w ofercie,
b) powodującej niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
c) oraz brak istotnych zmian w treści oferty."

Po pierwsze, zdaniem Przystępującego, uzupełnienia formularza ofertowego o wykaz

nowych podwykonawców oraz o wykaz części zamówienia, których wykonanie Wykonawca zleci podwykonawcom, nie można traktować w kategorii omyłki, a zatem takiego błędu w treści oferty, którą Zamawiający może zidentyfikować jako nieprawidłowość powodującą niezgodność tej oferty z treścią SIWZ. Omyłka o jakiej mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy

Pzp musi bowiem polegać na niezgodności oferty z SIWZ, co w niniejszym przypadku nie ma miejsca. Potwierdza to jednoznacznie fakt, iż Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powodu jej niezgodności z ustawą, a to zgoła odmienny stan prawny i faktyczny od uzasadnienia odwołania oraz wskazywanego w odwołaniu orzecznictwa KIO, które odnosi się właśnie do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Podnosi Odwołujący, iż oferta nie wskazująca jakiegokolwiek z tychże nowych podwykonawców, nie stanowiła przecież oferty niezgodnej z treścią SIWZ, albowiem Zamawiający nie postawił w SIWZ wymogu, by przedmiotowe części nie mogłyby być powierzone podwykonawcom. Wręcz przeciwnie. Zgodnie z pkt. 10.10 SIWZ, cyt. „Wykonawca jest obowiązany wskazać w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom". Odwołujący w ramach wyjaśnień, wbrew swoim twierdzeniom, de facto nie poprawił zatem treści formularza celem usunięcia sprzeczności oferty z wymogami zawartymi w SIWZ, a jedynie uzupełnił jej treść w celu wykazania, że jest w stanie wykonać zamówienie. Po drugie, wprowadzenie nowych dwóch podwykonawców stanowi istotną zmianę treści oferty. Wprowadzenie nowych podwykonawców w miejsce wskazanego zakresu do samodzielnego wykonania, oznacza zmianę zadeklarowanego sposobu wykonania zamówienia, o czym wprost mówi cyt. wyżej wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2010r. (sygn. akt KIO/UZP 1333/10).

W przedmiotowym stanie faktycznym nawet gdyby uznać, iż tego typu błąd wykonawcy mógłby zostać zakwalifikowany jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z treścią SIWZ, brak jest możliwości jego poprawienia, ponieważ zmiana w tym zakresie winna być oceniana jako powodująca istotną zmianę treści oferty. Obowiązek żądania od wykonawców wskazania części zamówienia powierzanych podwykonawcom jest obowiązkiem ustawowym, co wskazuje na istotny charakter oświadczenia w tym zakresie. Ponadto SIWZ ma charakter jednoznaczny - stanowi odzwierciedlenie obowiązku nałożonego na zamawiającego przepisem art. 36 ust. 4 ustawy Pzp. Wprawdzie ustawa Pzp nie definiuje podwykonawstwa, jednak bez wątpienia status podwykonawców w rozumieniu ustawy Pzp mają takie podmioty, które na zlecenie wybranego wykonawcy bezpośrednio uczestniczą w pracach będących przedmiotem zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1347/08). Niewątpliwie wykonywanie prac na rzecz wykonawcy przez innego przedsiębiorcę świadczy o istnieniu podwykonawstwa. Ponadto w niniejszej sprawie zmiana ma na celu potwierdzenie, że sposób wykonania zamówienia zgodny jest z SIWZ (Wykonawca udowadnia, że jest w stanie wykonać zamówienie zgodnie z SIWZ). Na istotny charakter oświadczenia dotyczącego

podwykonawstwa wskazuje również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z 8 marca 2011 r. sygn. akt KIO/356/11, wyrok z dnia 3 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO/1536/10, wyrok z dnia 14 lipca 2010r. sygn. akt KIO/UZP 1333/10).

Ponadto należy jednoznacznie stwierdzić, iż oświadczenie dotyczące zakresu podwykonawstwa nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ nie jest oświadczeniem wymienionym w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Stanowi ono element oferty (wskazuje na to zarówno treść art. 36 ust. 4 ustawy Pzp - zamawiający żąda podania w ofercie części zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom), jak i treść SIWZ w niniejszej sprawie - oświadczenie zostało zamieszczone w formularzu ofertowym. Jego zamieszczenie w ofercie ma wymiar merytoryczny - dotyczy bowiem sposobu wykonania zamówienia. Braki w odniesieniu do tego oświadczenia nie mogą podlegać uzupełnieniu w trybie art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, czy poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Reasumując, Zamawiający nie naruszył przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż nie uczynił podstawą do dokonania określonych korekt w ofercie nowych informacji, które uzyskał w trybie wyjaśnień, a które nie stanowiły doprecyzowania treści oferty, a jej zmianę (tak: wyrok KIO z dnia 25 marca 2011 r. (sygn. akt KIO/510/11).

Na konieczność odrzucenia oferty, w której wykonawca dokonał po otwarciu ofert zmiany w zakresie podwykonawstwa wskazuje także orzecznictwo Izby (wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO/1536/10, w którym Izba potwierdziła prawidłowość czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty takiego wykonawcy). Wyjaśnienia nie mogą prowadzić w rzeczywistości do uzupełnienia treści oświadczenia lub dokumentu, która nie została w nim zawarta. Służyć mają natomiast rozwianiu wątpliwości, które wynikają z niejasnych lub sprzecznych ze sobą treści dokumentów. Wyjaśnienia podające treść, której w ogóle nie ma w dokumencie lub oświadczeniu stanowią de facto - jego uzupełnienie (wyrok KIO z 13.09.2010 r. sygn. akt KIO 1863/10) „Izba zauważa, iż niedopuszczalnym jest uzupełnienie przez Wykonawcę oświadczenia o część zamówienia, jaka zostanie powierzona podwykonawcy, skoro oświadczenie to nie figuruje w katalogu dokumentów, o których mowa w art. 25 ustawy Pzp oraz w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów. Stanowi treść oferty, która nie może zostać zmieniona (wyrok KIO 2104/11).

W wyroku z 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 Wall Ag. v. Miasto Frankfurt n. Menem Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że zmiana podwykonawcy może oznaczać istotną zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego. Krajowa Izba Odwoławcza w postępowaniu sygn. akt KIO 2332/12, a dotyczącym przedmiotowego postępowania dała wiarę oświadczeniu Pani Pełnomocnik oraz Członka Zarządu Odwołującego, złożonym do

protokołu, iż Odwołujący posiada wymagane uprawnienia i jest w stanie wykonać zamówienie, lecz w samym uzasadnieniu wyroku KIO 2332/12, zwróciła jednoznacznie uwagę, iż tj., cyt.: „(...) celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest doprowadzenie do zawarcia umowy z wykonawca, który realnie wykona przedmiot zamówienia. W toku postępowania dowodowego przed Krajową Izbą Odwoławczą odwołujący przedstawił istotne dowody w postaci pism producenta Cisco Systems Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz firmy SLX Sp. z o.o. w Komornikach, z których wynika, że przystępujący (firma Mercury) nie posiada statusu autoryzowanego partnera Cisco, oraz że SLX nie jest autoryzowanym partnerem firmy Cisco oraz nie posiada statusu instalatora okablowania strukturalnego firmy Molex. Fakt ten nie może być ignorowany. Wprawdzie przystępujący oświadczył, że spełnia przedmiotowe wymogi siwz, jednak nie obalił przedstawionych dowodów. Z powyższego względu, zdaniem składu orzekającego, zamawiający ponawiając czynności badania i oceny ofert powinien we własnym i publicznym interesie przeprowadzić postępowanie wyjaśniające, w szczególności w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp na powyższą okoliczność" - /koniec cytatu/. Przystępujący wskazywał, iż Zamawiający w szczegółowej dokumentacji technicznej dotyczącej instalacji strukturalnej w tomie IV, załączniku 4-4-1 do siwz w pkt. 2.1.1.1. oraz pkt 4.4.1 zawarł sformułowania o treści: „Poniżej przedstawiono minimalne wymaganie jakie musi spełniać producent oferowanego okablowania strukturalnego. Należy je potwierdzić przedstawieniem odpowiednich certyfikatów lub oświadczeń producenta" oraz: „Wykonawcą zamówienia na dostawę powyższych produktów powinna być firma o statusie: Autoryzowany Partner firmy Cisco - dokument potwierdzający status należy dołączyć do oferty." Podkreślenia wymaga, iż Zamawiający wykonując wyrok KIO 2332/12 pismem z dnia 22.11.2012 r. (znak: ZP/77/B/12) wezwał Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do uwiarygodnienia, cyt.: „swoich zdolności do wykonania zamówienia zgodnie z warunkami opisanymi w zał. 4-4-1 do SIWZ, „Instalacja strukturalna" Tom IV WH/P/1" - koniec cytatu. Wskazał Zamawiający, iż Odwołujący wskazał w złożonej ofercie dwa podmioty, które będą realizować zamówienie, tj. Odwołującego i jego podwykonawcę - firmę SLX z siedzibą Komornikach. Odwołujący w ramach udzielonych wyjaśnień nie przedstawił swoich zdolności, lecz uzupełnił nowy wykaz podwykonawców wskazując na ich uprawnienia i certyfikaty oraz uzupełnił nowy wykaz dwóch części zamówienia, które (od dnia wyjaśnień), już nie sam, lecz za pomocą nowych dwóch podwykonawców będą wykonane. Jest to o tyle istotne, iż ww. części zamówienia w treści złożonej oferty nie były wykazane, jako

podlegające realizacji przez podwykonawców. Zgodnie z oświadczeniem Odwołującego złożonym w pkt. 11 Formularza ofertowego - Odwołujący zamierzał zlecić wyłącznie część zamówienia, tj. cyt.: „instalację audio-video" firmie SLX sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach k. Poznania. Zmiana zadeklarowanego sposobu wykonania zamówienia

poprzez uzupełnienie w ramach wyjaśnień nowego oświadczenia o częściach zamówienia, które będą zlecone, cyt. „partnerom" Odwołującego, a nie jak wskazano w ofercie bez podwykonawców, nie może stanowić wyjaśnienia treści oferty, lecz stanowi jej uzupełnienie. Zmianę w zakresie merytorycznym, odnoszącym się do sposobu wykonania zamówienia. Uzupełnienie takie, jednakże jest zmianą istotną. Wykonawca przedstawia nowych podwykonawców polegając na ich wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym oraz osobach zdolnych do realizacji zamówienia. Ponadto powołuje się na ich uprawnienia i certyfikaty. Zauważyć należy iż Odwołujący bez wskazania tychże nowych podwykonawców, czyli zgodnie z treścią złożonej już oferty, nie spełniał wymogu uprawnień oraz certyfikacji i nie był w stanie wykonać zamówienia zgodnie z wymogami opisanymi w Dokumentacji projektowej, tj. „Instalacja strukturalna" Tom IV WH/I/P, tj. w zakresie wykonania instalacji okablowania strukturalnego (pkt. 2.1.1.1), jak i w zakresie dostawy urządzeń aktywnych sieci WiFi (pkt 4.4.1). Nigdy nie posiadał i nadal nie posiada wymaganych uprawnień i certyfikatów, tj. tak firmy MOLEX, jak i Cisco. Ponadto uzupełnienie to jest nieuprawnione, w szczególności wobec upływu terminu składania ofert. Zgodnie z pkt 10.13 SIWZ, cyt. „Wykonawca może wprowadzić zmiany lub wycofać złożoną przez siebie ofertę wyłącznie przed terminem składania ofert i pod warunkiem, że przed upływem tego terminu Zamawiający otrzyma pisemne powiadomienie o wprowadzeniu zmian lub wycofaniu oferty. Powiadomienie to musi być opisane w sposób wskazany w pkt 10.12 oraz dodatkowo oznaczone słowami „ZMIANA" lub „WYCOFANIE", których to wymogów także Odwołujący nie dochował. Podkreślenia wymaga, iż zgodnie z § 2 ust. 3 umowy (Zał. nr 8 do SIWZ), cyt.: „Wykonawca wykona przedmiot umowy własnymi siłami, bez udziału podwykonawców lub może powierzyć wykonywanie części przedmiotu umowy, wymienione w załączniku nr 1 do umowy, podwykonawcom (...) Zał. nr 1 to przedmiotowy formularz ofertowy, w którym zgodnie z pkt. 10.10 SIWZ, cyt.: „Wykonawca jest obowiązany wskazać w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom". Odwołujący wyłącznie w tej części oferty złożył oświadczenie, iż zamierza zlecić część zamówienia podwykonawcy, tj. cyt.: „audio-video" - firmie SLX z Komornik k. Poznania. Nadto zgodnie z § 5 ust. 7 umowy (Zał. nr 8 do SIWZ), cyt. „Zapłata wynagrodzenia wynikającego z faktury nastąpi po wykazaniu przez Wykonawcę prawidłowego rozliczenia się ze wszystkimi podwykonawcami realizującymi części przedmiotu umowy, wymienione w załączniku nr 1”. Zapłata wynagrodzenia także nastąpić ma zgodnie z formularzem ofertowym wykonawcy dla podwykonawców w częściach tamże wskazanych. Zgodnie zaś z pkt. 14.8 SIWZ, cyt. „Zakres świadczenia Wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie", co stanowi odzwierciedlenie w art. 140 ustawy Pzp. Przystępujący podnosił, iż zgodnie z art. 144 ustawy Pzp Zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na

podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, chyba że Zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ oraz określił warunki takiej zmiany. Zamawiający nie przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ zmiany części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom, a co z tym związane także nie określił warunków takiej zmiany. Jeśli zatem w ofercie Odwołujący wskazał, iż zleci podwykonawcom wyłącznie część zamówienia dotyczącą „audio-video" oraz iż powierzy jej wykonanie firmie SLX sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach (wskazał z nazwy podwykonawcę), to uzupełnienie nowych dwóch części zamówienia, które poza „audio-video", będą realizowane przez nowych dwóch podwykonawców nie wskazanych w ogóle w ofercie, na których w dodatku zasoby się powołuje, nie może być dokonane w trybie wyjaśnień, czy poprawek, o których mowa w art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 - jak podnosi Odwołujący. Sąd Okręgowy w Warszawie nie podzielił oceny, że w rozważanej sprawie brak ten podlegał poprawieniu przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 ustawy po

przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. W szczególności art. 87 ust. 1 ustawy odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane, lecz tego zaniechał. Również poprawa omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy dotyczy treści oferty, która została w ofercie wyrażona (por. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r., XII GA 429/09) Wyraźne stanowisko zajął w tej kwestii również Sąd Okręgowy w Warszawie, który wypowiedział pogląd, że w trybie poprawienia omyłki w żadnym razie nie można zwłaszcza tworzyć dokumentów nieistniejących (wyrok SO w Warszawie z 22.07.2005 r., sygn. akt V Ca 592/05). W przypadku zupełnego braku danych wskazanie ich w terminie późniejszym jest uzupełnieniem oferty o nową treść. (wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r. III CA 88/09), a nie jej poprawieniem (por. też Wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r., VGA 40/09). W tym wypadku nie jest to sprecyzowanie informacji zawartej w ofercie, gdyż takiej w ofercie nie zawarto. Z kolei zaproponowanie nowej, stanowi niedopuszczalne uzupełnienie oferty i w ten sposób prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Wobec powyższego nie zachodziła podstawa do uznania wskazanego braku za omyłkę, dlatego oferta podległa odrzuceniu. Z powyższych względów nie można było również podzielić zarzutu naruszenia art. 7 ustawy Pzp. Sprostowanie omyłki nie może prowadzić do zmiany treści oferty, w szczególności nie może polegać na zmianie określonego w ofercie rozmiaru świadczenia oferenta lub ceny (por. wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r., VGA 40/09).

Podkreślenia wymaga, iż Odwołujący podnosi, iż, cyt.: „firma NEWIND Grupa Apator sp. z o.o., nie będzie podwykonawcą realizującym jakąkolwiek część zamówienia. Istotnym jest, iż Odwołujący polegać zamierza na uprawnieniach i certyfikatach firmy NEWIND Grupa Apator w zakresie realizacji części zamówienia, tj. dostawy urządzeń aktywnych sieci WiFi, stąd udział tego Wykonawcy w charakterze podwykonawcy winien być obligatoryjny. Przystępujący podnosi, iż ww. dowodzi jednoznacznie, iż Odwołujący nie jest w stanie wykonać zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego, gdyż nie może polegać na uprawnieniach i certyfikatach podmiotu, który nie będzie podwykonawcą w danym zakresie. Przedmiotowe oświadczenie jest złożone, zdaniem Przystępującego, wyłącznie dla pozoru, gdyż de facto stanowi wyłącznie przekazanie dokumentów w celu pozyskania zamówienia, nie zaś samych uprawnień i certyfikatów do realizacji zamówienia. Brak podwykonawstwa niweczy możliwość powoływania się na uprawnienia i certyfikaty podmiotu trzeciego w zakresie realnej możliwości wykonania przedmiotu umowy. Uprawnienia nie są możliwe do wypożyczenia, przekazania czy zbycia. To właściwości podmiotu je nabywającego i je posiadającego. Wyłącznie taki podmiot może skutecznie się nimi posługiwać. Wykonawca zatem, który korzysta z uprawnień innego podmiotu winien udowodnić udział takiego podmiotu w realizacji zamówienia, właśnie jako podwykonawcy. Powoływanie się zatem Odwołującego na uprawnienia firmy NEWIND Grupa Apator sp. z o.o. wobec jednoczesnego zastrzeżenia, iż podmiot ten nie będzie podwykonawcą dowodzi, że Odwołujący nie jest w stanie realnie wykonać przedmiotu zamówienia. Niezasadnym jest także twierdzenie Odwołującego, iż Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem KIO 2332/12 potwierdziła, że wymagane dokumenty nie są wymagane na etapie oceny ofert, lecz na etapie realizacji umowy. Przystępujący podnosił, iż wręcz przeciwnie. KIO w uzasadnieniu wyroku KIO 2332/12 wskazuje, iż Zamawiający winien zweryfikować zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia, jednakże nie na etapie realizacji umowy, ale przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach ponownego badania i oceny ofert. Stąd lekceważenie wagi obowiązku zweryfikowania zdolności Wykonawców do realnego wykonania zamówienia oraz próba przeniesienia weryfikacji, czy Wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie, z etapu oceny i badania ofert, na etap realizacji umowy, jest co najmniej nieuprawnioną manipulacją. Zgodnie z Wyrokiem Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 6 listopada 2009 r. (sygn akt XII Ga 317/09) „Nie wolno zapominać, iż celem przetargu pozostaje wybór najkorzystniejszej oferty, spośród tych, które już na starcie będą spełniały podstawowe wymogi określone w SIWZ. Nie można zatem przyjąć, iż niezgodność, brak, czy też nie spełnienie wymogów zamawiającego w tym to zakresie mogłaby być usunięta czy uzupełniana bądź to w drodze

wzywania (art. 26 ust. 3 p.z.p.) oferenta do dostarczenia nowych wykazów, a więc w rzeczywistości drogą podmiany już złożonego, bądź też uznanie jej jako omyłki podlegającej sprostowaniu w oparciu o dyspozycję z art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., bowiem stanowiłoby to, w

tym konkretnym przypadku, naruszenie zasady uczciwej konkurencji (art. 7 p.z.p.) poprzez dopuszczenie do dowolnej modyfikacji wybranych jednostronnie przez zamawiającego ofert i wpływanie na ich treść, co wypaczało by całą istotę przedmiotowego przetargu". Przystępujący za KIO podnosił, iż, cyt. „Zdaniem składu orzekającego, zamawiający ponawiając czynności badania i oceny ofert powinien we własnym i publicznym interesie przeprowadzić postępowanie wyjaśniające, w szczególności w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp na powyższą okoliczność. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest doprowadzenie do zawarcia umowy z wykonawcą, który realnie wykona przedmiot zamówienia". Zgodnie z Wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 marca 2006 r. (sygn. akt V Ca 2469/05) „Niedopuszczalne jest przyjęcie stanowiska, iż na gruncie przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych prawidłowość wykonania przedmiotu zamówienia może być weryfikowana na etapie realizacji zamówienia. Jak słusznie podnosi strona przeciwna, dopuszczenie takiej możliwości oznaczałoby de facto przesunięcie momentu sprawdzenia z etapu początkowego, którym jest wyłonienie kontrahenta, na etap realizacji zamówienia. Uznanie, iż oferta nieuwzględniająca wszystkich elementów określonych w SIWZ może zostać zweryfikowana i uzupełniona na etapie realizacji zamówienia jest niedopuszczalna z punku widzenia zasady równości podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne". Dowodzi powyższe, zdaniem Przystępującego zasadności przystąpienia oraz bezpodstawności złożonego odwołania.

Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości, utrzymanie w mocy wszystkich podjętych przez Zamawiającego decyzji, w tym w szczególności czynności dotyczącej wyboru oferty Przystępującego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie.

W uzasadnieniu Zamawiający zauważał, że wyrokiem z dnia 9 listopada 2012 r., w sprawie o sygn. akt KIO 2332/12, Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu wezwać Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu oraz do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czy Odwołujący posiada zdolność wykonania poprzez zamówienia, w szczególności obalenie że dowodów wskazujących, Odwołujący nie posiada zdolności wykonania zamówienia - sentencja wraz z uzasadnieniem wyroku.

dowód : wyrok z dnia 9.11.2012 r., sygn. akt: KIO 2332/12.

W wykonaniu wyroku, pismem z dnia 22 listopada 2012 r. Zmawiający wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w

postępowaniu oraz do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do wykazania zdolności wykonania zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ.

dowód : wezwanie z dnia 22.11.2012 r.

W wykonaniu wezwania, Odwołujący przedłożył pismo z dnia 28 listopada 2012 r. wraz z załącznikami, którym to pismem dokonał uzupełnienia treści oferty poprzez wskazanie dodatkowych części zamówienia, które będą wykonywane przy pomocy podmiotów trzecich, nazwanych przez Odwołującego „partnerami", choć w istocie ich rola polegałaby na podwykonawstwie. Jednocześnie wskazani przez Odwołującego „partnerzy" posiadali zdolności do wykonania zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, której to zdolności Odwołujący w dacie składania pierwotnej oferty, w dacie złożenia pisma z dnia 28 listopada 2012 r., jak również do dnia dzisiejszego sam nie posiada.

dowód : pismo Odwołującego z dnia 28.11.2012 r. wraz z załącznikami.

Analiza pisma Odwołującego z dnia 28 listopada 2012 r. prowadzi do wniosku, że w wyniku jego złożenia Odwołujący dokonał zmiany swojej oferty w następujących zakresach :

a) zakresu prac powierzonych podwykonawcom - zakres prac powierzonych podwykonawcom w pierwotnej treści oferty Odwołującego nie jest tożsamy z zakresem prac powierzonych podwykonawcom zgodnie z treścią pisma z dnia 28 listopada 2012 r.
b) podmiotów mających wykonywać przedmiot zamówienia na zasadzie podwykonawstwa - liczba oraz osoby podwykonawców w pierwotnej treści oferty nie są tożsame z liczbą i osobami podwykonawców wskazanymi w piśmie z dnia 28 listopada 2012 r.
c) oświadczenia co do posiadania przez Odwołującego zdolności do wykonania zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ - w pierwotnej ofercie Odwołujący wskazywał, iż sam posiada zdolności pozwalające na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ, natomiast zgodnie z treścią pisma z dnia 28 listopada 2012 r. Odwołujący nie posiada wymaganych zgodnie z SIWZ certyfikatów, przez co oświadcza, że sam nie ma zdolności do wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp „zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest (...) dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej (oferty) treści." Z przepisu tego jasno i niezbicie wynika, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie mogą prowadzić do jakiejkolwiek zmiany w treści oferty, a

nie jedynie do „merytorycznej zmiany treści oferty", jak w odwołaniu wskazał Odwołujący.

Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego doprowadziły do zmiany treści oferty w trzech wskazanych powyżej aspektach, a mianowicie :
- posiadania przez Odwołującego zdolności do wykonania zamówienia;
- zakresu prac powierzonych podwykonawcom;
- podmiotów będących podwykonawcami.

Poszerzenie przez Odwołującego zakresu oferty o nowy element, jakim jest chociażby nowy - odmienny od pierwotnego, zakres przedmiotu zamówienia powierzony podwykonawcom, stanowi zmianę oferty. „O zmianie można mówić wówczas, gdy na skutek wyjaśnień wykonawca poszerza zakres oferty o element, który nie był wcześniej zaoferowany" (sygn. akt: KIO 2154/11).

Co więcej, podkreślić należy fakt, że w przypadku, gdyby Odwołujący nie zmieniłby oferty w zakresie obejmującym zakresy prac powierzonych podwykonawcom, niebyły zdolny do wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ. Fakt ten dodatkowo podkreśla, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie tylko powodują zmianę treści oferty, ale stanowią wręcz istotną jej zmianę.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy jednoznacznie, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia doprowadziły do zmiany treści złożonej przez niego oferty, co zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest niedopuszczalne.

Tym samym zarzut Odwołującego - naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest w całości chybiony i nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp wskazuje, że „Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty". Trudno, w ocenie Zamawiającego, znaleźć uzasadnienie dla stanowiska Odwołującego, że w trybie wskazanym w powołanym powyżej przepisie Zamawiający miałby dokonać poprawienia oferty Odwołującego między innymi w zakresie obejmującym zakres prac powierzonych podwykonawcom, w szczególności przy ustaleniu, że zmiana taka stanowiłaby istotną zmianę w treści oferty, albowiem bez dokonania tej zmiany, Odwołujący nie był w stanie wykonać zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ. Zmiana przedmiotowa zakresu czynności powierzonych podwykonawcom, zdaniem Zamawiającego nie jest omyłką podlegającą poprawieniu w

trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym, „Skoro nie było omyłki w ofercie

odwołującego, to zamawiający nie był zobowiązany jej poprawić, a zatem nie mógł dopuścić się naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. poprzez zaniechanie czynności." (sygn. akt: KIO 2074/11).

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że zarzut Odwołującego - naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest w całości chybiony i nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą." „Ofertą niezgodną z ustawą i podlegającą tym samym odrzuceniu będzie oferta, która w jakikolwiek sposób uchybia przepisom ustawy oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie. Przesłanka ta będzie miała zastosowanie, gdy na podstawie innych szczegółowych przesłanek nie można oferty odrzucić, a jednocześnie naruszanie przez nią przepisów o zamówieniach publicznych sprawia, że nie może być przyjęta". (Włodzimierz Dzierżanowski, Komentarz do art.89 ustawy - Prawo zamówień publicznych, LEX 2010). Oferta zmieniona przez wykonawcę - Odwołującego w sposób niedopuszczalny przez przepisy ustawy Pzp, a mianowicie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w sposób bezwzględny uchybia przepisom ustawy Pzp, czyli jest z nią niezgodna. Zmiana oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest zgodnie z tym przepisem niedopuszczalna, a więc zmieniona w ten sposób oferta jest niezgodna z ustawą, czego skutkiem musi być obligatoryjnie jej odrzucenie.

Wobec powyższego, również zarzut Odwołującego - naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp jest w całości chybiony i nie zasługuje na uwzględnienie.

Wobec wykazania powyżej, że prowadzone przez Zamawiającego postępowanie nie naruszyło wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, stwierdzić należy tym bardziej, że nie doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze przedstawiony stan faktyczny i prawny przedmiotowego postępowania, wniosek o oddalenie odwołania zdaniem Zamawiającego w całości jest w pełni uzasadniony

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz dokumentacji postępowania o sygn. akt KIO 2332/12 dołączonej do materiału dowodowego sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione na

rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zostały spełnione przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono od niego wpis.

W ocenie Izby Odwołujący spełnia także przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację przedmiotowego postępowania, dołączając z urzędu dokumentację postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2332/12. Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego pismo z 7 września 2012 r. przedłożone przez Przystępującego spółki CISCO Systems Poland sp. z o.o. dotyczące braku posiadania przez Odwołującego statusu autoryzowanego partnera formy CISCO w Polsce. Izba pominęła natomiast złożone przez Przystępującego pismo z 3 stycznia 2013 r. Molex Premise Network Sp. z o.o. dotyczące braku posiadania przez Odwołującego statusu certyfikowanego instalatora oraz warunków objęcia 25-letnią gwarancją, uznając, iż Przystępujący przedłożył je na potwierdzenie okoliczności, które nie

były przedmiotem analizy Zamawiającego i jako takie nie mogły i nie stały się podstawą żadnej jego czynności względem oferty Odwołującego. Przystępujący nie może natomiast w zgłoszeniu przystąpienia ani jako uczestnik postępowania odwoławczego przed Izbą podnosić nowych okoliczności, które w jego opinii świadczą o dalszych wadliwościach oferty Odwołującego.

Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający słusznie uznał, iż w wyniku złożenia wyjaśnień z 28 listopada 2012 r. Odwołujący dokonał niedopuszczalnej powyższym przepisem zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert. Izba nie zgadza się z poglądem prezentowanym w odwołaniu, iż Odwołujący uszczegółowił jedynie informacje co do zakresu planowanego podwykonawstwa. Zdaniem Izby uszczegółowienie może dotyczyć tylko zakresu już podanego w ofercie, tymczasem Odwołujący rozszerzył zakres podwykonawstwa o zupełnie inną część zamówienia niż podana pierwotnie w ofercie, co należy utożsamiać ze zmianą zakresu podwykonawstwa, a nie jego uszczegółowieniem. W treści złożonej oferty Odwołujący, określając zakres podwykonawstwa, poprzestał na „instalacji audio-video", wskazując równocześnie nazwę podwykonawcy. W wyjaśnieniach podano, iż przedmiot zamówienia odnoszący się do instalacji strukturalnej obejmujący wykonanie instalacji

okablowania strukturalnego (pkt 2.1.1.1 dokumentacji projektowej „Instalacja strukturalna" Tom IV WH/1/P), jak i dostawy urządzeń aktywnych sieci WiFi (pkt 4.4.1.dokumentacji projektowej „Instalacja strukturalna" Tom IV WH/1/P) wykonany zostanie przez podmioty trzecie. Dodatkowo należy zauważyć, iż Odwołujący bez dokonania takiego rozszerzenia - tj. bez powołania się na wykonanie zamówienia z udziałem powołanych nowych podmiotów - nie był w stanie samodzielnie wykonać zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ z uwagi na nieposiadanie przez Odwołującego wymaganych certyfikatów. Zmiana zakresu podwykonawstwa (udziału podmiotów trzecich w realizacji zamówienia) była zatem warunkiem *sine qua non* potwierdzenia, iż w ogóle może on wykonać przedmiot zamówienia w sposób określony SIWZ, co było m.in. przedmiotem ustaleń w toku postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2332/12, w wyniku którego, z uwagi na przedstawione dowody podważające możliwość wykonania zamówienia przez Odwołującego, w uzasadnieniu wyroku Izba wskazała na konieczność wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Izba nie rozważała wówczas, w jaki sposób Odwołujący winien wykazać, że posiada zdolności do wykonania zamówienia, w szczególności czy może w tym zakresie posłużyć się podwykonawcami, gdyż inny był przedmiot jej rozpoznania. Zauważyła jedynie, uwzględniając stanowisko Odwołującego, iż posiada on zdolność do wykonania zamówienia oraz przedstawione przez Przystępującego dowody, które to stanowisko podważały, że okoliczność co do możliwości wykonania zamówienia z uwagi na interes publiczny i interes Zamawiającego winna być zweryfikowana. Tym samym choć w tym samym wyroku Izba potwierdziła, iż Odwołujący nie musiał składać certyfikatów wraz z ofertą, to równocześnie uprawnienia, jakie z tych certyfikatów wynikały, a zatem i możliwość wykonania zamówienia w zakresie nimi objętym, musiała istnieć już na etapie złożenia oferty. Gdyby istotnie całkowita weryfikacja sposobu wykonania zamówienia miała być przesunięta na etap realizacji umowy, powyższe wezwanie do wyjaśnień byłoby zbędne. Nie dotyczyłoby bowiem badania oferty, ale prawidłowości realizacji umowy. Równocześnie skoro Odwołujący nie posiadał wymaganych certyfikatów, oczywistym winno dla niego być, iż zamówienie zostanie wykonane z udziałem podwykonawców, a pomimo tego nie ujawnił tego w treści formularza ofertowego dotyczącego zakresu podwykonawstwa. Kwestia podwykonawstwa musiała być przedmiotem analizy Odwołującego, skoro wskazał w innej części zamówienia podwykonawcę, podając nie tylko zakres, ale i jego nazwę. Tym samym należy uznać, iż pierwotne oświadczenie o zakresie podwykonawstwa potwierdzało samodzielne wykonanie zamówienia w spornym zakresie, które to oświadczenie na skutek wyjaśnień z 28 listopada 2012 r. zostało zmienione.

Izba nie podziela poglądu jakoby oświadczenie dotyczące podwykonawstwa, zwłaszcza jak w stanie faktycznym niniejszej sprawy, gdy udział podwykonawców warunkuje

prawidłowość wykonania zamówienia, posiadało walor wyłącznie informacyjny. Podważa to zarówno sens art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, jak i innych przepisów dotyczących niezmienności oferty i związania wykonawcy ofertą rozumianego jako wypełnienie wszystkich zapisów wynikających z jej treści. Obowiązek żądania od wykonawców wskazania części zamówienia powierzanych podwykonawcom jest obowiązkiem ustawowym, co wskazuje na istotny charakter oświadczenia w tym zakresie jako dotyczącego sposobu planowanego wykonania zamówienia. Słusznie podnosił także Przystępujący, iż zgodnie z § 5 ust. 7 umowy (Zał. nr 8 do SIWZ), "Zapłata wynagrodzenia wynikającego z faktury nastąpi po wykazaniu przez Wykonawcę prawidłowego rozliczenia się ze wszystkimi podwykonawcami realizującymi części przedmiotu umowy, wymienione w załączniku nr 1. Zgodnie z § 2 ust. 3 umowy wykonawca mógł wykonać zamówienie samodzielnie lub powierzyć wykonanie części przedmiotu umowy wymienione w załączniku nr 1 do umowy podwykonawcom pod warunkiem przedstawienia projektu pisemnej umowy z podwykonawcą i niewniesienia przez Zamawiającego w terminie 14 dni od dnia złożenia tego projektu sprzeciwu lub zastrzeżeń. Ewentualna zmiana podwykonawcy mogła nastąpić po uzyskaniu pisemnej akceptacji Zamawiającego. Załącznik nr 1 to formularz ofertowy. Tym samym zakres podwykonawstwa miał znaczenie zarówno dla dokonania rozliczeń z tytułu umowy, jak i sposobu wykonywania zamówienia. Nie sposób zatem zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego o informacyjnym i mało istotnym charakterze oświadczenia o zakresie podwykonawstwa ujawnionego w ofercie, które nie jest tożsame z wiążącym sposobem wykonania zamówienia. Powyżej przywołane postanowienia umowy zdają się świadczyć przeciw takiemu stanowisku. Umowa wyraźnie wskazuje na dopuszczalny zakres podwykonawstwa zgodny ze złożoną ofertą i nie potwierdza uprawnienia do dowolnych i samodzielnych zmian tego zakresu przez wykonawcę na etapie realizacji umowy wbrew oświadczeniom zawartym w ofercie. Ponadto podkreślić należy, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy wykonawca był zobligowany, realizując instalację strukturalną w zakresie wykonania okablowania i dostawy urządzeń aktywnych sieci WiFi spełniać określone wymogi, tj. posiadać wymienione w dokumentacji uprawnienia i certyfikaty. Brak takich uprawnień i certyfikatów świadczył o niemożności wykonania zamówienia w tym zakresie. Tym samym w ocenie Izby oświadczenie co do zakresu podwykonawstwa było na tyle istotną częścią oferty Odwołującego, iż nie sposób przyjąć, aby zmiana tego zakresu dokonana w wyniku wyjaśnień z 28 listopada 2012 r. nie stanowiła niedopuszczalnej zmiany treści oferty. W efekcie wyjaśnień Odwołujący cofnął oświadczenie o samodzielnym wykonaniu zamówienia w tym zakresie, zastępując je oświadczeniem o jego wykonaniu z udziałem podwykonawców, który to udział był niezbędny, aby móc zrealizować tę część przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Bez dokonania takiej zmiany nie był zdolny do wykonania zamówienia, gdyż samodzielnie wymogów Zamawiającego nie spełniał, a zarazem nie był w stanie w prawidłowy sposób

zadośćuczynić wezwaniu Zamawiającego do wykazania realnych możliwości wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ, do czego Izba zobligowała Zamawiającego w wyroku z 9 listopada 2012 r. sygn. akt KIO 2332/12.

Skład orzekający nie podziela także stanowiska Odwołującego, że wskazanie przez niego dostawcy urządzeń aktywnych WiFi nie należy traktować jako podwykonawcy realizującego część zamówienia, jako że jest to tylko dostawa urządzeń. Co do zasady należy zgodzić się z Odwołującym, iż dostawcy urządzeń nie są podwykonawcami w zwyczajowym rozumieniu tego określenia. Wprawdzie ustawa Pzp nie definiuje podwykonawstwa, jednak bez wątpienia status podwykonawców w rozumieniu ustawy Pzp mają takie podmioty, które na zlecenie wybranego wykonawcy bezpośrednio uczestniczą w pracach będących przedmiotem zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1347/08). Podwykonawcy wykonują zatem określoną część zobowiązania wykonawcy objętą przedmiotem zamówienia. W niniejszym postępowaniu zakresem zamówienia jest objęta instalacja okablowania strukturalnego wykonana zgodnie z wymogami opisanymi w dokumentacji projektowej „Instalacja strukturalna" Tom IV WH/I/P. Zamawiający postawił wymagania dotyczące producenta oferowanego okablowania strukturalnego z obowiązkiem ich potwierdzenia stosownymi

certyfikatami. Wykonanie instalacji okablowania wymaga posiadania wskazanych w dokumentacji uprawnień i certyfikatów. Zrealizowanie tej części zamówienia wymaga również dostawy urządzeń aktywnych sieci WiFi, przy czym dostawca winien spełniać wymogi określone SIWZ (odpowiednia certyfikacja). Wszystkie te elementy są zatem niezbędne dla wykonania części zamówienia dotyczącej instalacji strukturalnej. W istocie zatem w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, jeżeli wykonawca nie planował samodzielnego wykonania zamówienia w tym zakresie, zasadnym było powołanie się na udział podwykonawców zarówno w odniesieniu do instalacji, jak i dostawy jako stanowiących łącznie część zamówienia realizowaną przez podmiot trzeci. Wskazanie udziału podmiotów trzecich stanowiłoby równocześnie potwierdzenie dla Zamawiającego, iż to nie oferent, a podmioty trzecie dysponują wymaganymi uprawnieniami i certyfikatami. Nawet jednak gdyby uznać, iż dostawa urządzeń aktywnych sieci WiFi nie mieści się w zakresie pojęcia podwykonawstwa, które należało uzewnętrznić w formularzu ofertowym, to z pewnością mieści się w nim instalacja okablowania strukturalnego, która także nie była wskazana przez Odwołującego jako objęta realizacją przez podmiot trzeci.

Nie potwierdził się podnoszony przez Odwołującego z ostrożności procesowej zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ewentualnego poprawienia oferty Odwołującego. Izba stoi na stanowisku, iż dokonanie poprawienia oferty

Odwołującego w tym trybie w stanie faktycznym niniejszej sprawy jest wyłączone. Przepis ten pozwala na poprawienie omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z SIWZ niepowodujące istotnej zmiany treści oferty, ale tylko wówczas, gdy informacje zawarte w ofercie dają zamawiającemu podstawę do ustalenia, że zaszła omyłka oraz dokonania takiej poprawy. Zdaniem Izby poprawienie omyłki zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp może być poprzedzone wezwaniem do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jednak nie jest dopuszczalne, aby to sama treść wyjaśnień, zmieniających w istocie dotychczasowe dane zawarte w ofercie, stanowiła podstawę do dokonania poprawy. Informacje wskazujące na istnienie omyłki oraz konieczność i sposób dokonania jej poprawienia winny być zawarte w ofercie. Tymczasem w stanie faktycznym niniejszej sprawy, jak wynika z dokonanych ustaleń, Odwołujący zadeklarował w treści oferty samodzielne wykonanie zamówienia, z wyłączeniem instalacji audio-video. Nie wskazał bowiem w odniesieniu do innych prac (w tym instalacji okablowania strukturalnego i dostawy urządzeń aktywnych sieci WiFi) wykonania ich przez inny podmiot (podwykonawcę). żaden element oferty ani dokumentów składanych wraz z ofertą nie pozwalał na ustalenie, iż powyższa część zamówienia zostanie powierzona podwykonawcom, a zatem że omyłkowo podał wadliwy zakres podwykonawstwa. Dopiero wezwanie dokonane w wykonaniu wyroku KIO z 9 listopada 2012 r. sygn. akt KIO 2332/12, dla którego przesłanką były określone dowody przedstawione przez konkurenta, iż Odwołujący nie spełnia wymagań SIWZ, skutkowało podaniem informacji o zamiarze realizacji tej części zamówienia z udziałem podmiotów zewnętrznych, *nota bene* bez udziału których wykonanie zamówienia przez Odwołującego nie byłoby możliwe, gdyż nie posiadał i nie posiada niezbędnych wymaganych przez Zamawiającego certyfikatów. W ww. wyroku KIO sygn. akt KIO 2332/12 stwierdzono: "Podzielając pogląd, że sprzeczności w postanowieniach siwz i w ich wyniku powstające wątpliwości winny być interpretowane na korzyść wykonawcy z zastosowaniem względniejszej wykładni Izba uznaje, że wykonawcy nie mieli obowiązku składać z ofertą tych dokumentów. Należy jednak wskazać, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest doprowadzenie do zawarcia umowy z wykonawcą, który realnie wykona przedmiot zamówienia. W toku postępowania dowodowego przed Krajową Izbą Odwoławczą odwołujący przedstawił istotne dowody w postaci pism producenta Cisco Systems Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz firmy SLX Sp. z o.o. w Komornikach, z których wynika, że przystępujący nie posiada statusu autoryzowanego partnera Cisco, oraz że SLX nie jest autoryzowanym partnerem firmy Cisco oraz nie posiada statusu instalatora okablowania strukturalnego firmy Molex. Fakt ten nie może być ignorowany. Wprawdzie przystępujący oświadczył, że spełnia przedmiotowe wymogi siwz, jednak nie obalił przedstawionych dowodów. Z powyższego względu, zdaniem składu orzekającego, zamawiający ponawiając czynności badania i oceny ofert powinien we własnym i publicznym

interesie przeprowadzić postępowanie wyjaśniające, w szczególności w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp na powyższą okoliczność". Jak wynika z treści wyroku oraz analizy protokołu rozprawy Odwołujący nawet w toku ówczesnego postępowania odwoławczego nie powoływał się na wykonanie zamówienia za pomocą innych "partnerów", choć jak podkreślał w treści niniejszego odwołania są to podmioty, z którymi na stałe współpracuje przy realizacji tego typu zamówień. Słuszne jest zatem stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, iż jednoznaczna informacja o posłużeniu się podwykonawcami pojawiła się dopiero w wyjaśnieniach z 28 listopada 2012 r. We wskazywanych przez Odwołującego wyjaśnieniach z 10 października 2012 r. brak takiej stanowczej informacji. Odwołujący stwierdził w nich m.in.: "Potwierdzamy, zgodnie z żądaniem Zamawiającego, wykonanie przez nas części robót elektrycznych w zadaniu częściowym 2 w zakresie Instalacja Strukturalna. Ponadto potwierdzamy zgodnie z żądaniem Zamawiającego, iż oferowane przez nas rozwiązania dotyczące zadania częściowego 2 w zakresie Instalacja Strukturalna zostaną wykonane zgodnie z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) opisanymi w projekcie "Instalacja strukturalna" Tom IV WH/1/P wg załącznika nr 4.4.1. do SIWZ w szczególności w zakresie:
- wymagań ogólnych opisanych w pkt 2.1.1.1. od strony 4;
Wskazujemy, iż w ww. punkcie Zamawiający wskazał minimalne wymagania, jakie musi spełniać producent oferowanego okablowania strukturalnego oraz, że należy je potwierdzić przedstawieniem odpowiednich certyfikatów lub oświadczeń producenta. W związku z faktem, iż wymaganie to nie odnosi się do etapu złożenia ofert, niniejszym potwierdzamy, iż przedmiotowe certyfikaty lub oświadczenia producenta zostaną przez nas przedstawione na etapie realizacji zamówienia, natomiast przedmiot zamówienia przez nas oferowany spełnia minimalne wymagania.
- dostawy i montażu urządzeń aktywnych sieci WiFi zgodnie ze standardami opisanymi w pkt. 4.1.1 od strony 30;
Nadmieniamy, iż dostawa urządzeń, o których mowa powyżej zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zostanie zrealizowana przez firmę o statusie autoryzowany partner Cisco. (...)".
Odwołujący wskazywał w nich na brak obowiązku przedkładania powyższych uprawnień/certyfikatów na etapie składania ofert.

Z powyższych wyjaśnień nie wynika zatem, aby instalacja okablowania strukturalnego miała być wykonana przez podmiot trzeci. Informacja o tym nie znalazła się w treści wyjaśnień. W zakresie dostawy i montażu urządzeń aktywnych sieci WiFi Odwołujący ograniczył się tylko do wskazania, że zostanie zrealizowana przez firmę o statusie

autoryzowany partner Cisco. Ponadto i tak są to wyjaśnienia oferty dokonane już po terminie składania ofert.

Izba zauważa, iż przywoływane przez Odwołującego na potwierdzenie stanowiska o możliwości poprawienia oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp orzecznictwo nie jest adekwatne. Odnosi się bowiem do odmiennych stanów faktycznych niż w przedmiotowej sprawie. Np. w powoływanym wyroku KIO sygn. akt KIO 1539/11 (pomijając zawartą w nim odmienną ocenę oświadczenia w sprawie podwykonawstwa) w zakresie możliwości poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba uznała: "W niniejszej sprawie gdyby Zamawiający nie zaniechał wezwania do wyjaśnień na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 pzp, to dowiedziałby się, iż w istocie treść złożonego w pkt. 11 formularza oferty zawiera wewnętrzną sprzeczność – Odwołujący dlatego nie dokonał wymaganego “opisu” części zamówienia objętej podwykonawstwem, gdyż pomyłkowo podwykonawcą, choć jego intencją było złożenie pozostawił frazę o posłużeniu się
oświadczenia, iż w ogóle nie zamierza posługiwać się podwykonawcą. Jednocześnie wbrew stanowisku Zamawiającego, patrząc przez pryzmat przesłanek wynikających z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, ta wewnętrzna sprzeczność złożonego oświadczenia nie byłaby w żadnym razie nieusuwalna. Z przepisu tego wynika bowiem dopuszczalność i obowiązek poprawiania przez zamawiających niezgodności treści oferty w stosunku do treści s.i.w.z. w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: pierwszej – omyłkowego charakteru stwierdzonej niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., drugiej – jeżeli poprawienie tej

omyłki nie spowoduje istotnych zmian treści złożonej oferty. Odnośnie pierwszej przesłanki, wbrew stanowisku Odwołującego, zdaniem składu orzekającego Izby nie można z tego przepisu wywieść, iż ma to być wyłącznie tzw. *niezawiniony błąd.* Chodzi natomiast o błąd niezamierzony w tym sensie, że składający oświadczenie objęte ofertą zamierza i chce złożyć je zgodnie z treścią wymagań s.i.w.z., ale na skutek błędnego wyobrażenia co do ich treści, składa w rezultacie oświadczenie o treści odmiennej niż zamierzona, nie zdając sobie nawet z tego sprawy. W tym zakresie skład orzekający Izby podziela pogląd wyrażony wcześniej przez Izbę w wyroku z 5 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 959/09). Z pewnością nie stanowi natomiast kryterium stwierdzenia wystąpienia omyłki jej *oczywistość dla zamawiającego bez przeprowadzania dodatkowych dowodów.* Natomiast czym innym jest dokonanie oceny, czy w stosunku do danego wykonawcy można przyjąć, uwzględniając zawodowy charakter prowadzonej działalności, iż mogło dojść do powstania takiego odbiegającego od rzeczywistości błędnego wyobrażenia. W ocenie składu orzekającego Izby nie ma powodu by odmawiać wiarygodności wytłumaczenia Odwołującego genezy omyłkowego przekreślenia innej frazy, niż powinien. Zamawiający miał przy tym możliwość powzięcia na podstawie całokształtu treści złożonej oferty

28

---

wątpliwości co do znaczenia złożonego przez Odwołującego oświadczenia o zakresie podwykonawstwa. W załączonych do oferty dokumentach na potwierdzenie, iż oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, uwidoczniono bowiem aktualną lub poprzednią (AxMediTec spółka z o.o.) firmę Odwołującego: na zaświadczeniach z Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych – jako podmiot zgłaszający wyroby medyczne do *Rejestru Wyrobów Medycznych i podmiotów odpowiedzialnych za ich wprowadzenie do obrotu i do używania* (s. 41-42 dokumentów oferty), na materiałach promocyjnych oraz instrukcjach obsługi belgijskiego i chińskiego producenta dotyczących oferowanych urządzeń – jako ich autoryzowanego dystrybutora lub przedstawiciela (m.in. s. 57 i 80 dokumentów oferty). Z kolei wywodzenie przez Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego z popełnionej przez Odwołującego omyłki przy sporządzaniu oferty, złożenia nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, to jest podstawy do wykluczenia z przepisu art. ust. 2 pkt 3 pzp, stanowi niczym nieuzasadnioną próbę przeniesienia sporu na płaszczyznę wykraczającą poza zarzuty podniesione w odwołaniu i znane Zamawiającemu. W zakresie drugiej przesłanki należy wskazać na nieostry charakter kategorii "istotności" jako granicy dopuszczalnych zmian treści oferty dokonywanych przez poprawienie stwierdzonych w niej omyłek. Nie oznacza to dowolności i rodzi potrzebę obiektywizacji oceny, czy w danym przypadku mamy do czynienia z istotną zmianą treści oferty. W orzecznictwie wskazuje się tu zgodnie na zakaz znaczącej ingerencji w treść złożonej oferty, prowadzącej do wytworzenia zupełnie nowej treści oświadczenia woli w stosunku do wynikającej ze złożonej oferty. Część orzecznictwa wskazuje także na zakaz jakichkolwiek zmian istotnych postanowień oferty, to jest w szczególności jej ceny. W ocenie składu orzekającego Izby w niniejszej sprawie nie ma wątpliwości, a co wynika już z wcześniej prowadzonych rozważań, że poprawienie złożonego oświadczenia w pkt. formularza oferty Odwołującego nie powoduje żadnej istotnej zmiany treści złożonej oferty ani co do zakresu zaoferowanego świadczenia, ani w ogóle zmiany w cenie oferty. Natomiast skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, to dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do samodzielnego dokonania poprawienia omyłek, należy oceniać z uwzględnieniem informacji uzyskanych w ich wyniku. Zatem nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż nie wiedziałby jak dokonać poprawienia tej omyłki, gdyż jest to oczywiste. Choć poprawienie tzw. innych omyłek nie musi mieć charakteru czysto technicznego, tak jak w przypadku oczywistych omyłek, to w tym przypadku sprowadza się do dokonania przekreślenia odwrotnie niż to zostało dokonane pierwotnie w złożonej ofercie". W stanie faktycznym tej sprawy wykonawca w ofercie omyłkowo zaznaczył, iż będzie korzystał z podwykonawców i nie wskazał zakresu podwykonawstwa, choć w istocie zamierzał realizować zamówienie samodzielnie.

29

Poprawienie omyłki nie polegało zatem na zmianie zakresu podwykonawstwa, lecz

wskazaniu, że w rzeczywistości wykonawca będzie wykonywał zamówienie samodzielnie. Ponadto treść oferty wraz ze składanymi wraz z nią dokumentami, z uwzględnieniem niejasności w samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pozwalała na wywiedzenie, iż wykonawca dopuścił się omyłki w ofercie. Z kolei wyrok z 16 maja 2012 r. sygn. akt KIO 890/12 dotyczy sytuacji, gdy wykonawca nie podał w ogóle informacji w sprawie podwykonawstwa. Izba uznała, iż nie złożył oświadczenia ani o zamiarze, ani o braku zamiaru realizacji zamówienia z udziałem podwykonawcy. Z wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wynikało natomiast, że przewidywał podwykonawstwo, gdyż posłużył się wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a stosowne zobowiązanie zawarte było we wniosku. Izba uznała, że: "W ocenie Izby, brak zaznaczenia którejkolwiek z opcji w punkcie 5 formularza oferty wywoływał wątpliwość co do planowanego udziału podwykonawcy w wykonaniu zamówienia. Biorąc pod uwagę, że we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu taka informacja została zamieszczona, Zamawiający nie mógł wykluczyć, że niezłożenie oświadczenia w ofercie mogło być wynikiem przeoczenia. W związku z tym powstała wątpliwość, którą należało wyjaśnić na podstawie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że ewentualne potwierdzenie informacji o udziale podwykonawcy prowadziłoby do niedopuszczalnej zmiany treści oferty. Wskazanie w wyjaśnieniach części zamówienia, którą Odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcy nie doprowadzi do niedopuszczalnej zmiany treści oferty, lecz wyeliminuje wątpliwości dotyczące planowanego podwykonawstwa i będzie stanowiło dopełnienie obowiązku poinformowania Zamawiającego o jego zakresie. Zdaniem Izby w takiej sytuacji brak będzie przeszkód do poprawienia zaistniałej w ofercie niezgodności polegającej na niewybraniu w punkcie 5 właściwej opcji, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako innej omyłki, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty".

Biorąc pod uwagę powyższe, choć wbrew stanowisku Przystępującego, poprawienie omyłki w zakresie podwykonawstwa jest dopuszczalne w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako że zachodzi niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na niepodanie wymaganego specyfikacją elementu oferty, to w stanie faktycznym niniejszej sprawy możliwość taka nie zachodzi. Odwołujący w żaden sposób w ofercie nie wskazał na zamiar posłużenia się w spornym zakresie podwykonawcą, choć samo podwykonawstwo przewidział. Zapewne odmienna ocena sytuacji zachodziłaby wówczas gdyby np. załączył do oferty stosowne certyfikaty wystawione dla podmiotów trzecich, bez równoczesnego wskazania ich jako podwykonawców. Wówczas Zamawiający mógłby powziąć wątpliwość co do podanego w ofercie zakresu podwykonawstwa. Należy

podkreślić, iż dopiero na skutek wezwania do wyjaśnień dokonanego po wyroku KIO z 9 listopada 2012 r. KIO 2332/12 Odwołujący stanowczo i jednoznacznie oświadczył, iż w zakresie wykonania okablowania strukturalnego posługiwał się będzie podwykonawcą, powołując się jednocześnie na posiadane przez niego certyfikaty, którymi samodzielnie nie dysponuje. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał zatem omyłkowego charakteru swojego oświadczenia o podwykonawstwie. Nie każda niedbałość wykonawcy w sporządzaniu oferty podlega sanowaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba podnosi, iż powyżej przytoczone okoliczności świadczą także o tym, iż zmiana w tym zakresie byłaby zmianą istotną, co dodatkowo wyłącza dopuszczalność zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie miał zatem podstaw dla zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe w ocenie Izby w konsekwencji przyjąć należy, że Zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ani art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odrzucając ofertę Odwołującego jako sprzeczną z ustawą Pzp. Zdaniem Izby prawidłowo przyjął, iż Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 28 listopada 2012 r. dokonał niedopuszczalnej art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert dotyczącej zakresu planowanego podwykonawstwa. Jak było to już wskazane powyżej *de facto* dokonał także zmiany deklarowanego sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, rozszerzając udział podmiotów trzecich, przy czym zmiana ta była niezbędna dla potwierdzenia, że posiada on zdolność wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Powyższe nie podlega sanowaniu w trybie przewidzianym ustawą Pzp - art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp -

toteż czynność odrzucenia oferty należy uznać za prawidłową.

Biorąc pod uwagę powyższe nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W świetle powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……