

WYROK
z dnia 30 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Sylwester Kuchnio
Luiza Łamejko

Protokolant: Wioletta Wasilewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jarosława Klareckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą JAR-BUD Jarosław Klarecki ul. Warszawska 17a, 05-119 Michałów Reginów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-śoliborz, ul. Szajnochy 8, 01-637 Warszawa** protestu z dnia 7 października 2009 r.

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
przy udziale wykonawcy **COLBI Ewa i Jacek Kotynia sp. j., ul. Piłsudskiego 61, 05-070 Sulejówek** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia złożonej przez odwołującego oferty oraz wezwanie odwołującego do wniesienia wadium i powtórzenie czynności oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-śoliborz, ul. Szajnochy 8, 01-637 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Jarosława Klareckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą JAR-BUD Jarosław Klarecki ul. Warszawska 17a, 05-119 Michałów Reginów,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-śoliborz, ul. Szajnochy 8, 01-637 Warszawa** na rzecz **Jarosława Klareckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą JAR-BUD Jarosław Klarecki ul. Warszawska 17a, 05-119 Michałów Reginów,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 5 538 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Jarosława Klareckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą JAR-BUD Jarosław Klarecki ul. Warszawska 17a, 05-119 Michałów Reginów.**

Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-Śoliborz, w Warszawie prowadzi postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „budowę i rozbudowę pomieszczeń w przychodni przy ul. Szpitalnej 4 -Łomianki (1-szy etap)”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP poz. 231678 w dniu 9 lipca 2009 r.

W dniu 29 września 2009 r. zamawiający powiadomił wykonawcę Jarosława Klareckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą JAR-BUD o wykluczeniu ww. wykonawcy z postępowania oraz o uznaniu za odrzuconą złożonej przez niego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i ust 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp. Zamawiający stwierdził, że wykonawca nie złożył oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający odrzucił także ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na błąd w kosztorysie ofertowym w poz. 161k branża budowlana, gdzie wykonawca uwzględnił w obmiarze 25,18 mb zamiast 160,40 mb. Jednocześnie zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą złożoną przez COLBI Ewa i Jacek Kotyńia sp. j. z siedzibą w Sulejówku.

Jarosław Klarecki wniósł protest na powyższe czynności oraz wobec zaniechania przez zamawiającego poprawienia w ofercie odwołującego pomyłki w poz.161 k. kosztorysu ofertowego - branża budowlana. Odwołujący zarzucił w proteście naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez uznanie, że złożone w ofercie oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu zawiera błąd i nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, art. 38 ust. 4 zd. 2 Pzp przez nie zawiadomienie o zmianie treści siwz (Kosztorysy ślepe - załącznik nr 2, w zakresie poz. 161 k. branża budowlana) na stronie internetowej zamawiającego, art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie omyłki, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący wniósł o: unieważnienie wykluczenia go z postępowania, poprawienie w ofercie omyłki, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, iż w załączniku nr 3 do siwz zamawiający określił wzór oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, który zawiera kompletną treść oświadczenia. Nie pozostawiono w nim miejsc do wypełnienia, ani oświadczeń wariantowych. Wzór nie został opatrzony przypisem, wskazującym na konieczność dokonania wyboru (skreśleń, podkreśleń, lub innych adnotacji). W treści oświadczenia zastosowano alternatywę nierozłączną, poprzez użycie spójnika "lub", co przemawia przeciwko konieczności dokonania wyboru pomiędzy treścią "posiadamy

niezbędną wiedzę (...) " a "przedstawię pisemne zobowiązanie innych podmiotów (...)". Ww. wzór oświadczenia stanowi integralną część siwz. Odwołujący wyjaśnił, że w ofercie złożono oświadczenie, którego treść wiernie odpowiadała treści wzoru, a zatem stanowi oświadczenie wymagane przez zamawiającego. Jeżeli jest ono niezgodne z rzeczywistymi (a nie wyrażonymi w siwz) intencjami zamawiającego, to wynika to wyłącznie z błędu zamawiającego, a nie wykonawcy. W tej sytuacji, dokonane przez zamawiającego w dniu 14 września 2009 r. wezwanie do uzupełnienia oświadczenia pozbawione było podstaw prawnych. W dniu 15 września 2009 r. odwołujący złożył powtórnie oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu o treści oczekiwanej przez zamawiającego, które zostało opatrzone datą bieżącą. W ocenie odwołującego, okoliczność ta nie zmienia faktu, że do oferty zostało dołączone oświadczenie "wymagane przez zamawiającego". Wskazał, że żądanie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w jest fakultatywne z uwagi na Stwierdził, postępowaniu wartość zamówienia. że zastosowanie wobec odwołującego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi obciążenie wykonawcy konsekwencjami błędów zamawiającego.

Ponadto, zamawiający w kosztorysie ofertowym (poz. 161 k. branża budowlana) dokonał zmiany w obmiarze, która została wprowadzona z naruszeniem art. 38 ust. 4 zd. 2 Pzp, gdyż zamawiający nie zawiadomił o zmianie na stronie internetowej. Zamawiający bezpodstawnie zaniechał poprawienia błędu w ofercie w tej pozycji kosztorysu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdzie wskazano cenę jednostkową za metr bieżący, a błąd ograniczał się do przyjęcia zbyt małej (25,18 zamiast 160,40) ilości metrów. Zamawiający mógł z łatwością poprawić tę omyłkę mnożąc cenę jednostkową przez wymaganą ilość

metrów. Biorąc pod uwagę wzrost ceny oferty o nieco ponad 30 000 zł na skutek poprawienia błędu stwierdził, że nie spowoduje to istotnej zmiany w treści oferty.

Zamawiający oddalił protest. Wyjaśnił, że zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne powinni spełniać m.in. warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawiać pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób. Treść oświadczenia wykonawcy powinna być jednoznaczna i stwierdzać, że wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub wykonawca przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Zdaniem zamawiającego spójnik "lub" wskazuje na wykluczające się możliwości. Treść pkt 7.1.1 siwz wskazuje, iż we wzorze oświadczenia zawartym w załączniku nr 3; należało zaznaczyć odpowiednią opcję. Odwołujący nie złożył takiego

4

oświadczenia. Składając oświadczenie na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp odwołujący podał datę oświadczenia późniejszą niż data upływu terminu składania ofert. Jest to niezgodne z wymogiem ww. przepisu. W konsekwencji wykonawca nie złożył prawidłowego oświadczenia.

Zamawiający stwierdził także, że wykluczenie odwołującego i uznanie jego oferty za odrzuconą było zgodne z przepisami art. 22 ust. 1 art. 44, art. 26 ust. 3 zd. drugie i art. 24 ust. 2 pkt 3 i ust. 4 Pzp. Ponadto wskazał, że odwołujący nie jest związany złożoną ofertą, gdyż nie przedłużył ważności wadium, co jest wymagane przy przedłużeniu okresu związania ofertą, zgodnie z art. 85 ust. 4 Pzp. Okres ważności wadium upłynął w dniu 11.10.2009 r.

Jarosław Klarecki wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Zarzucił w odwołaniu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 38 ust. 4 zd. 2 i art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie poprawienia omyłki w ofercie odwołującego, wezwania odwołującego do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium, powtórzenia oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący podtrzymał w całości twierdzenia i argumenty podniesione w proteście. Dodatkowo wskazał, że słowo "lub" nie oznacza wykluczających się możliwości lecz przeciwnie, spójnik ten oznacza alternatywę nierozłączną. Stwierdził, że punkt 7.1.1 siwz nie zawiera wskazania, aby zaznaczyć odpowiednią opcję, wbrew twierdzeniu zamawiającego. Nie można stawiać zarzutu błędu wykonawcy, który złożył oświadczenie w brzmieniu opracowanym przez zamawiającego. Wskazał, że jeżeli zamawiający miał wątpliwości co do treści oświadczenia, to powinien wyjaśnić treść dokumentu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 181 ust. 1 Pzp w przypadku wniesienia protestu po upływie terminu składania ofert, bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, natomiast zamawiający, wbrew dyspozycji art. 181 ust. 2a Pzp nie wezwał wykonawców do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. Powyższe zaniechanie nie może uzasadniać wykluczenia odwołującego.

5

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący ubiega się o udzielenie zamówienia, złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, jest zatem wykonawcą w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 11 Pzp i art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący wniósł wadium wymagane w postępowaniu. Oferta

odwołującego była zabezpieczona wadium w chwili wniesienia protestu. W ocenie Izby, fakt iż oferta odwołującego wykonawcy, który został wykluczony przez zamawiającego z postępowania, nie jest zabezpieczona wadium w chwili wniesienia i rozpoznawania odwołania, nie stanowi przesłanki do uznania, iż odwołujący nie jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania, ani też nie przesądza o braku interesu prawnego odwołującego we wniesieniu odwołania. Biorąc pod uwagę treść przepisu art. 46 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp należy uznać, że ustawodawca dopuścił możliwość przerwy w zabezpieczeniu oferty wadium w przypadku wykonawcy wykluczonego z postępowania lub którego oferta została odrzucona, dając takiemu wykonawcy uprawnienie do żądania zwrotu wadium. Brak zabezpieczenia oferty wadium może trwać do czasu, gdy na mocy ostatecznego rozstrzygnięcia protestu (w okresie zawieszenia biegu terminu związania ofertą) czynność wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty zostanie unieważniona, a wykonawca zostanie przywrócony do postępowania. Na mocy art. 46 ust. 3 Pzp zamawiający jest wówczas zobowiązany do żądania wniesienia wadium przez wykonawcę w określonym terminie. Sytuacja, gdy wykonawca wykluczony z postępowania nie żąda zwrotu wadium, które w czasie zawieszenia biegu terminu związania ofertą, wygasa (w przypadku gwarancji) z powodu upływu terminu, nie została wprost uregulowana w ustawie Pzp. Wskazać należy, że zarówno w wyniku żądania zwrotu wadium przez wykonawcę, jak i w sytuacji, gdy wykonawca nie korzysta z tego uprawnienia, a wadium wygasa samoistnie, następuje ten sam skutek - w postaci braku zabezpieczenia oferty wadium. Skoro ustawa Pzp dopuszcza wprost możliwość przerwy w zabezpieczeniu oferty wadium w przypadku żądania zwrotu wadium przez wykonawcę wykluczonego z postępowania lub którego oferta została odrzucona, to brak takiego żądania (czyżby mniej) nie może wywoływać dalej idących negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. Także wykładnia celowościowa powyższych przepisów, z uwagi na istotę i cel instytucji wadium w postępowaniu, jakim jest zabezpieczenie interesu zamawiającego wynikającego z prowadzonego postępowania, nakazuje przyjęcie, iż w przypadku, gdy wykonawca wykluczony z postępowania zostanie

6

przywrócony do postępowania na skutek unieważnienia czynności wykluczenia danego wykonawcy z postępowania w ramach ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do ponownego wniesienia wadium. Znajdujący się w tej sytuacji odwołujący, w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia złożonej przez odwołującego oferty, powinien zostać wezwany przez zamawiającego do wniesienia wadium w terminie przed dokonaniem ponownej oceny ofert przez zamawiającego. Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną spośród ośmiu ofert, które wpłynęły w tym postępowaniu. W przypadku potwierdzenia się zasadności zarzutów zawartych w odwołaniu wykonawca posiadałby możliwość uzyskania zamówienia, biorąc pod uwagę, iż jedynym kryterium oceny ofert w tym postępowaniu jest cena. Ponadto, interpretacja przepisu art. 179 ust. 1 Pzp nie może prowadzić do sprzeczności z art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych. Procedury odwoławcze winny być dostępne co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu konkretnego zamówienia publicznego, jeśli doznał on uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku zarzucenia naruszenia przepisów.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez uznanie, że wykonawca nie złożył w ofercie oświadczenia potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W pkt 6.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający ustalił warunek udziału w postępowaniu wskazując, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępniania potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia dokonywał kilkakrotnie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treść specyfikacji po

dokonanych modyfikacjach została zamieszczona przez zamawiającego na stronie internetowej. W dniu 25 sierpnia 2009 r. zamawiający zamieścił na stronie internetowej zawiadomienie o zmianie treści siwz w trybie art. 38 ust. 4 Pzp. W wyniku modyfikacji siwz punkt 7.1 specyfikacji otrzymał wówczas brzmienie „W celu potwierdzenia, iż Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych należy złożyć: (7.1.1.) oświadczenie Wykonawcy o spełnianiu warunków udziału

7

w postępowaniu zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oświadczenie musi być złożone w formie oryginału. Wzór oświadczenia zawarty jest w załączniku nr 3 do SIWZ. (należy zaznaczyć odpowiednią opcję)”. Załącznik nr 3 zawiera wzór oświadczenia o ustalonej przez zamawiającego treści, bez wskazania miejsc do wypełnienia lub skreślenia ani też nie zawiera żadnych uwag lub pouczenia co do sposobu dokonania modyfikacji treści oświadczenia przez wykonawcę.

Zgodnie z pkt 7.3 siwz, w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykonawcy mieli złożyć wykaz wykonanych robót budowlanych oraz wykaz osób i podmiotów, które będą wykonywać zamówienie lub uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, a także „pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, jeżeli w wykazie osób i podmiotów wykonawca wskazał osoby, którymi będzie dysponował.”

Odwołujący złożył w ofercie oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu o treści identycznej z zawartą we wzorze, stanowiącym załącznik nr 3 do siwz nie dokonując jakiegokolwiek modyfikacji treści wzoru. Złożone oświadczenie nie zawiera zatem doprecyzowania treści oświadczenia odwołującego co do okoliczności czy odwołujący osobami wskazanymi w wykazie dysponuje czy też składa w ofercie zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia wskazanych osób zdolnych do wykonania zamówienia. Odwołujący złożył jednocześnie w ofercie wykaz osób wymaganych przez zamawiającego tj. posiadających uprawnienia w branży: budowlanej, sanitarnej i elektrycznej. Do wykazu dołączone zostały dokumenty potwierdzające posiadanie uprawnień oraz aktualne zaświadczenia o przynależności do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa. Odwołujący nie przedstawił w ofercie zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia odwołującemu osób zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający wezwał odwołującego w dniu 14 września 2009 r. do uzupełnienia oświadczenia. W dniu 15 września 2009 r. odwołujący złożył kolejne oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, w którym potwierdził, iż posiada potencjał i dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Oświadczenie to zostało opatrzone datą 15 września 2009 r.

Zarówno przepis ustawy Pzp (art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp) jak i postanowienie specyfikacji (7.1.1) wymaga, aby oświadczenie wykonawcy pozwalało na weryfikację czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. Z tego względu nie można uznać, że omawiane oświadczenie złożone w ofercie potwierdza jednoznacznie w jaki sposób odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymogu dotyczącego potencjału kadrowego. Izba uznała, że może budzić wątpliwości zamawiającego nie wykreślenie przez wykonawcę jednej z opcji zawartych w oświadczeniu połączonych spójnikiem „lub”. Kwestia ta powinna

8

podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Na zasadność wyjaśnienia w tym zakresie wskazuje fakt, iż odwołujący nie przedłożył w ofercie zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, co może wskazywać, iż wykonawca dysponuje osobami wymienionymi w wykazie. W ocenie Izby, iż wystarczające było w omawianych okolicznościach wezwanie odwołującego do wyjaśnienia treści złożonego w ofercie oświadczenia, biorąc pod uwagę jednak, że zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia oświadczenia Izba odniosła się również do treści uzupełnionego oświadczenia w kontekście spełniania warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby, złożone w dniu 15 września 2009 r. oświadczenie potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień złożenia oferty przez odwołującego. Podkreślić należy, że dla oceny tej okoliczności nie ma znaczenia data złożenia oświadczenia lecz fakt,

czy z treści oświadczenia wynika, że w dniu składania oferty (przed upływem terminu składania ofert) odwołujący dysponował danym potencjałem kadrowym. Podobnie, orzekł Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z dnia 5 lutego 2007r. sygn. akt X Ga 2/07, X Ga 4/07 stwierdzając, że na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający może uznać brakujące dokumenty uzupełnione później, jednakże tylko wtedy, gdy wynika z nich, że stan jaki potwierdzają, istniał także na dzień otwarcia ofert. Izba uznała, że powyższa okoliczność wynika jednoznacznie ze złożonego oświadczenia. Wskazuje na to w szczególności treść „składając ofertę oświadczam, że ...”. Oświadczenie odnosi się zatem jednoznacznie do stanu z chwili złożenia oferty.

Izba zważyła ponadto, że zamawiający wprowadzając w specyfikacji formularz oświadczenia jest zobowiązany jasno i jednoznacznie określić oczekiwania co do treści wymaganego dokumentu. Wzór oświadczenia opracowany przez zamawiającego jako załącznik do siwz powszechnie jest uznawany za dokument o treści oczekiwanej przez zamawiającego, chyba, że w jego treści oznaczone są pola do wypełnienia lub zaznaczone opcje do wyboru. Takich oznaczeń zamawiający nie wprowadził w treści wzoru w przedmiotowym postępowaniu, co mogło utrudnić złożenie przez wykonawców oświadczeń spełniających oczekiwania zamawiającego, które nie zostały precyzyjnie wyartykułowane w specyfikacji. Jak wynika z dokumentacji postępowania problem ze złożeniem oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu dotyczył nie tylko odwołującego lecz także innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Zwrócić należy także uwagę, iż precyzja zamawiającego w określeniu w siwz i załącznikach treści wymagań ma szczególne znaczenie w przypadku postępowania, w którym zamawiający, tak jak w tym postępowaniu, dokonuje wielu zmian treści specyfikacji w toku postępowania.

9

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego przyjęcia przez odwołującego błędnej ilości w obmiarze w kosztorysie ofertowym w branży budowlanej w pozycji 161 k, Izba uznała, że zarzut dotyczący zaniechania poprawienia treści oferty odwołującego w powyższym zakresie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a w konsekwencji odrzucenia oferty, wbrew twierdzeniu zamawiającego, został zawarty w proteście i odwołaniu i z tego względu podlegał rozpoznaniu przez Izbę. Izba stwierdziła, że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie jako uzasadniony.

Izba ustaliła, że zamawiający w toku postępowania, w ramach odpowiedzi na pytania wykonawców udzielone przez zamawiającego w dniu 7 sierpnia 2009 r. – odpowiedź na pytanie nr 1 tiret drugie - wprowadził zmianę w obmiarze w ww. pozycji, poprzez wskazanie zamiast wartości 25,18 mb – wartość 160,40 mb. Na pytanie, o treści „w której pozycji należy dopisać powyższe balustrady?” zamawiający wyjaśnił, że „w pozycji 161 zwiększa się ilość na 160,40 mb Opis tablicy bez zmian.” Powyższe wyjaśnienia zostały zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego. Wyjaśnienia treści siwz stanowią integralną część treści specyfikacji i z tego względu nie muszą być dodatkowo komunikowane wykonawcom jako „modyfikacja” treści specyfikacji. Wystarczające jest podanie treści wyjaśnień do wiadomości wykonawców, co niewątpliwie w tym postępowaniu uczynił zamawiający. W tym względzie Izba stwierdziła niezasadność zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 38 ust. 4 Pzp.

Odwołujący w przedłożonym kosztorysie ofertowym pominął dokonaną przez zamawiającego zmianę, pozostawiając w omawianej pozycji ilość 25,18 mb. W ocenie Izby, powyższa niezgodność treści oferty odwołującego z treścią siwz podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jako inna omyłka, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi natomiast, że zamawiający poprawia w ofercie (ma obowiązek poprawienia) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Biorąc pod uwagę powyższe podkreślić należy, że zamawiający nie może wyłączyć stosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp postanowieniem zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jak podkreślono w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych, zatytułowanej ;Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r." pod red. J. Sadowego, Warszawa 2008, str. 117 i nast. „Ustawa dopuszcza również poprawianie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,

10

niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy). Poprawianie omyłek na podstawie cyt. przepisu dotyczy omyłek nie mających charakteru oczywistego oraz niekoniecznie odnosi się do ceny, a więc może dotyczyć również innych elementów złożonej oferty. (...) Na podstawie cyt. przepisu można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień."

Omyłka w kosztorysie ofertowym odwołującego ma niewątpliwie taki charakter, że zamawiający może dokonać jej poprawienia samodzielnie, bez udziału wykonawcy. Zamawiający dysponuje ceną jednostkową i właściwą ilością jednostek miary dla spornej pozycji kosztorysu. Ponadto, zakres omyłki w jednej pozycji kosztorysu, w stosunku do całego zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia, nie ma istotnego znaczenia dla treści oferty. Kwota wynikająca z poprawienia omyłki, o którą należy zwiększyć cenę oferty nie powoduje zmiany okoliczności, iż zaoferowana przez odwołującego cena nadal pozostanie najniższa wśród złożonych ofert. Wobec złożonych przez odwołującego w ofercie oświadczeń nie budzi wątpliwości zamiar złożenia przez odwołującego oferty zgodnej z wymogami zamawiającego w powyższym zakresie. Wskazane okoliczności kwalifikują zatem omawianą omyłkę do jej poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Izba uznała, że stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik postępowania, co wyczerpuje przesłankę uwzględnienia odwołania, określoną w art. 191 ust. 1a Pzp.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji na podstawie art.191 ust.1, ust. 1a, ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp.

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

11

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

12