

WYROK
z dnia 23 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ON-SERVICE Sp. z o.o., 32-540 Trzebinia, ul. Piłsudskiego 55** od czynności zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie, 42-217 Częstochowa, ul. Popieluszki 4/6**

przy udziale **P.P.H.U. "AKWA" J. Biskup, S. Owczarek Sp. j., 41-810 Zabrze, ul. Paderewskiego 21** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Miejskiemu Zarządowi Dróg i Transportu w Częstochowie, 42-217 Częstochowa, ul. Popieluszki 4/6 unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty ON-SERVICE Sp. z o.o., 32-540 Trzebinia, ul. Piłsudskiego 55 oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert;

2. Kosztami postępowania obciąża Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie, 42-217 Częstochowa, ul. Popieluszki 4/6 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu

uiszczonego przez **ON-SERVICE Sp. z o.o., 32-540 Trzebinia, ul. Piłsudskiego 55;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 075 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) przez **Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie, 42-217 Częstochowa, ul. Popieluszki 4/6** na rzecz **ON-SERVICE Sp. z o.o., 32-540 Trzebinia, ul. Piłsudskiego 55** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest bieżąca konserwacja i remont kanalizacji deszczowej w rejonie I i II na terenie miasta Częstochowy w terminie od dnia podpisania umowy do dnia

31.12.2011r.

4 marca 2011 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez P.P.H.U. Akwa J. Biskup, S. Owczarek Sp. jawna w Zabrze oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez ON – SERVICE Sp. z o.o. w Trzebnici.

Wykonawca ten wniósł odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 11 marca 2011 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania wskazany w art. 180 ust. 5 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust.3 przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów i w konsekwencji przedwczesne wykluczenie odwołującego;
- art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów oraz zaniechanie wyjaśnień i uzupełnień w stosunku do dokumentów wykonawcy wybranego;
- art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyjaśnień, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia równego traktowania wykonawców;
- art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp przez zaniechanie poprawienia omyłek w ofercie odwołującego pomimo, że były to omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, które zamawiający mógł i miał obowiązek samodzielnie poprawić;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego;
- art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że powinien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wybranej, pomimo, że zawierała i zawiera znacznie większe niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niż oferta odwołującego;

3

-
- art. 92 ust. 2 Pzp przez brak uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego, co miało wpływ na możliwość składania i zakres złożonego środka ochrony prawnej, a w konsekwencji mogło mieć wpływ na wynik postępowania;
 - art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty odwołującego;
 - art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania z powodu braku ofert nie podlegających odrzuceniu (zarzut ewentualny - w przypadku nie uwzględnienia zarzutów dotyczących oferty odwołującego);
 - innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności badania i oceny ofert - w tym wykluczenia odwołującego i odrzucenia oferty odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej jako bezwzględnie wadliwej;

- wykluczenia wykonawcy wybranego, odrzucenia jego oferty;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- dokonanie wyboru oferty odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania w przypadku nie uwzględnienia odwołania w zakresie jego oferty, a uwzględnienia odwołania w zakresie oferty wykonawcy wybranego.

W uzasadnieniu wskazał przede wszystkim, że w informacji o wynikach postępowania zamawiający podał przyczyny odrzucenia oferty w sposób lakoniczny. Źródłem wiedzy odwołującego o stwierdzonych uchybieniach w ofercie jest jedynie wewnętrzna notatka zamawiającego wskazująca na niezgodności kalkulacji cen jednostkowych np. ceny pracy sprzętu poz. 1 – 6 załącznika nr 14 oraz ceny materiałów np. poz. 23 z załącznika Nr 15.

Odwołujący podniósł, że zamawiający miał obowiązek dokonania poprawy stwierdzonych niezgodności, gdyż posiadał ku temu wszelkie dane, a poprawa nie wpływa w ogóle na cenę oferty. Odwołujący wywiódł, że skoro zamawiający był w stanie stwierdzić uchybienia w treści oferty, to jego obowiązkiem było przede wszystkim zbadanie możliwości ich usunięcia. Odwołujący podał w jaki sposób zamawiający miałby dokonać prawidłowych wyliczeń, a na potwierdzenie swego poglądu powołał orzecznictwo Izby.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że brak złożenia oświadczenia o powierzeniu

wykonania części przedmiotu zamówienia podwykonawcom nie ma istotnego znaczenia, gdyż odwołujący zamierzał samodzielnie zrealizować zamówienie. Ewentualne wyjaśnienia w tej kwestii nie wpłyną na zmianę stanu opisanego w ofercie. Tym samym brak jest podstaw dla odrzucenia oferty z tego powodu. Odwołujący wywiódł, że jeśli złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu, bezwzględnym obowiązkiem zamawiającego było dokonanie

4

wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wykazu osób oraz braku wskazania w wykazie usług i referencjach informacji na temat na jakiej długości dokonano inspekcji TV. Zarzucił, że oferta wybrana została sporządzona sprzecznie z treścią specyfikacji i to ona powinna być odrzucona. Odwołujący uzasadnił, że P.P.H.U. Akwa J. Biskup, S. Owczarek Sp. jawna w załączniku nr 14 nie zawarł cen sprzętu wraz z obsługą i narzutami, ale jedynie ceny pracy sprzętu (czyli motogodziny) - bez obsługi i narzutów.

Wykonawca P.P.H.U. Akwa J. Biskup, S. Owczarek Sp. jawna 16 marca 2011 r. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, z tym że odwołujący cofnął zarzut zaniechania uzupełnienia dokumentów oraz zaniechanie wyjaśnień i uzupełnień w stosunku do dokumentów wykonawcy wybranego. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13.01.2011r., pod numerem 12085-2011.

W pkt 6.2. zamawiający opisał warunki stawiane wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia, m.in.:

- dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadającymi uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w wymienionych specjalnościach (pkt 6.4.);
- zrealizowania lub realizacji w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie opisanej usługi konserwacji kanalizacji sanitarnej lub deszczowej wraz z dokonaniem inspekcji TV na łącznej długości kanałów min. 3 km oraz złożyć dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie (pkt 6.7).

W pkt 7. specyfikacji zamawiający ustalił katalog wymaganych oświadczeń i dokumentów, które złożyć mają wykonawcy, w tym:

- wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (pkt 7.1.2.);
- wykaz wykonanych usług (pkt 7.1.4.);
- oświadczenie o podwykonawcach, stanowiące załącznik Nr 7 do oferty. Oświadczenie należy wypełnić, podpisać przez uprawnioną osobę i w oryginale załączyć do oferty. W przypadku

5

wykonania zamówienia własnymi siłami należy na oświadczeniu umieścić stosowny zapis (pkt 7.4.2);

- kalkulacje wycen jednostkowych wraz z podstawą wyceny kalkulacyjnej poszczególnych asortymentów usług, które powinny być podpisane przez osobę (osoby) uprawnioną (pkt 7.4.7);
- wykaz cen jednostkowych zgodnie z załącznikiem nr 9 do siwz w oryginale podpisany przez osobę (osoby) uprawnioną (pkt 7.4.8);
- wykaz cen pracy sprzętu zgodnie z załącznikiem nr 14 do siwz w oryginale podpisany przez osobę (osoby) uprawnioną (pkt 7.4.9);
- wykaz cen materiałów zgodnie z załącznikiem nr 15 do siwz w oryginale podpisany przez osobę (osoby) uprawnioną (pkt 7.4.10).

Opisując sposób obliczenia ceny oferty zamawiający ustalił w pkt. 13.2 specyfikacji, że kalkulacje cen jednostkowych należy wykonać w formie uproszczonej w oparciu o cenniki KNR poszczególnych asortymentów robót ujęte w załączniku wycen cen jednostkowych – obmiar. Wymagał, że należy je załączyć do oferty razem z zestawieniami:

- a) stawka roboczogodziny i wartości narzutów Kp. Z;
- b) wykaz cen materiałów, wg załącznika nr 15 do siwz ;
- c) wykaz cen pracy sprzętu, wg załącznika nr 14 do siwz.

Zamawiający nie poda żadnych instrukcji do sposobu wypełnienia załączników Nr 9, 14, 15.

W pkt 13.3. zamawiający wskazał, że ceny jednostkowe poszczególnych asortymentów powinny wynikać z kosztorysu uproszczonego dla danej pozycji oraz wskaźników cenotwórczych (Rg., M., S, Kp. Z).

Odwolujący złożył w ofercie (oferta nr 3) kosztorys szczegółowy oraz wymagane wykazy – załączniki nr 9, 14, 15. Nie złożył natomiast oświadczenia o podwykonawcach oraz wykazu osób. W opisie ujętej w wykazie usług zrealizowanej na rzecz Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w Katowicach, ani w treści referencji nie znajduje się informacja, co do dokonania inspekcji TV. Przystępujący również złożył w ofercie (oferta nr 2) kosztorys szczegółowy oraz wymagane wykazy – załączniki nr 9, 14, 15 do siwz oraz oświadczenie o podwykonawcach.

W informacji o wynikach postępowania zamawiający wskazał jako odrzucenie oferty odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 5 – oferta została odrzucona, ponieważ wykonawca został wykluczony oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 z powodu nie spełnienia wymogu pkt 7.4.7. siwz - wycena oferty niezgodna z pkt 13.2 siwz niezgodność cen materiałów i sprzętu z załączonymi kalkulacjami cen jednostkowych.

Jako uzasadnienie wykluczenia odwołującego zamawiający wskazał art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp - w złożonej ofercie brak jest wykazu potwierdzającego, że wykonawca będzie dysponował osobami, o którym mowa w pkt 6.2.4. siwz oraz w złożonym do oferty wykazie oraz referencjach brak określenia na jakiej długości dokonano inspekcji TV o której mowa w pkt 6.2.7 i 7.1.4 siwz.

6

W aktach postępowania znajduje się oświadczenie podpisane przez dwóch członków komisji oraz kierownika wydziału utrzymania, w którym stwierdzono, że oferta nr 2 zawiera właściwą kalkulację cen jednostkowych, natomiast oferta nr 3 w kalkulacji cen jednostkowych niezgodnie ceny z załącznikiem nr 14 np. poz. 1 do 6 oraz ceny z załącznikiem nr 15, np. poz. 23.

Na rozprawie zamawiający podnosił, że większości pozycji wykazu cen jednostkowych został skalkulowana nieprawidłowo.

Izba zważyła, co następuje:

Odwolujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie,

Izba uznała za wadliwą czynność zamawiającego poinformowania o wynikach postępowania w części dotyczącej informacji o odrzuceniu oferty odwołującego. Art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp nakazuje podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia. Podanie przez zamawiającego jedynie podstawy prawnej oraz ogólne sformułowanie zarzucanych niezgodności przez odwołanie się do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia może być, w okolicznościach sporu, uznane za podanie co najwyżej podstawy prawnej. Izba ocenia, że stwierdzenie o niezgodności kalkulacji cen jednostkowych z podanymi załącznikami wobec ogólnych i podlegających rozbieżnej interpretacji postanowień specyfikacji, nie może być uznane za uzasadnienie faktyczne realizujący cel normy art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Uzasadnienie podane w informacji o odrzuceniu warunkuje zakres składanych środków ochrony prawnej. Jego treść uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej oraz związanie Izby granicami zarzutów odwołania ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom zachowania swoich praw w postępowaniu. Z tego względu brak wskazania elementów oferty, których ma dotyczyć niezgodność z treścią specyfikacji, w badanym postępowaniu pozycji kosztorysu nr 9, oraz niewskazanie na czym owa niezgodność miałaby polegać nie spełnia warunku poinformowania wykonawcy o przyczynach odrzucenia oferty.

Ustalenie zarzucanych przez zamawiającego uchybień nie powinno być powierzone własnej

dokumentacji postępowania. Obowiązek wskazania podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty spoczywa w całości na zamawiającym.

Izba uznała, że naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, zatem już choćby z tego względu odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba rozpatrzyła zarzuty odwołania, w granicach podniesionych w odwołaniu i uznała, że znalazły one potwierdzenie w części dotyczącej odrzucenia oferty odwołującego oraz wykluczenia go z postępowania.

Izba uznała, że zamawiający błędnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przywołany przepis stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, zgodnie z którym zamawiający poprawia omyłki (inne niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) polegające na niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z należytą starannością, w razie stwierdzenia w ofercie uchybień, jest zobowiązany przede wszystkim do zbadania możliwości dokonania poprawy, a dopiero w przypadku uznania, że jest to niemożliwe, może odrzucić ofertę.

Fakt zaistnienia w ofercie odwołującego uchybień jest niesporny.

Różnica stanowisk stron sprowadza się w pierwszym rzędzie do oceny, który dokument stanowi podstawę ustalenia cen jednostkowych ujętych w załączniku Nr 9 - kosztorys szczegółowy, jak twierdził odwołujący - czy załącznik Nr 14, zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego.

Izba dała wiarę stanowisku odwołującego, że niezgodność w treści jego oferty dotyczy różnicy wskazanych pozycji załącznika nr 14 w stosunku do danych wynikających ze złożonego kosztorysu szczegółowego, nie zaś niezgodnością między załącznikiem Nr 14 a załącznikiem nr 9.

W pkt 13. 3 zamawiający ustalił wszak, że ceny jednostkowe mają wynikać ze złożonego kosztorysu. Z pkt 13.4 wynika jedynie obowiązek złożenia wykazów.

Powołane po s tanowienia specyfikacji wskazują, na kosztorys jako podstawę obliczeń. Stanowisko zamawiającego sprowadzające się do konieczności przyjęcia jako podstawy obliczenia cen jednostkowych wyłącznie zał. Nr 14 z całkowitym pominięciem treści kosztorysu jest całkowicie chybione.

W tym kontekście podkreślić należy, że prawidłowość prezentacji danych w kosztorysie szczegółowym odwołującego (ani też fakt jego złożenia) nie została zakwestionowana. W

takim razie zamawiający wobec stwierdzenia niezgodności między kosztorysem a treścią pozostałych załączników, winien dokonać ich korekty w oparciu o treść kosztorysu. Kolejnym krokiem zamawiającego winno być ustalenie, czy dokonana poprawa ma wpływ na wysokość cen jednostkowych ujętych w załączniku Nr 9, a w razie stwierdzenia różnic, zamawiający winien zbadać możliwość ich poprawienia.

Należy zauważyć, że odwołujący podkreślał, tak w odwołaniu, jak i na rozprawie, że rozbieżność między kosztorysem szczegółowym a załącznikiem Nr 14 nie ma żadnego znaczenia dla wysokości cen jednostkowych, a zamawiający oprócz tezy, że ceny jednostkowe winny być obliczone na podstawie załącznika Nr 14 nie powołał innej argumentacji wskazującej na konieczność zmiany cen jednostkowych przez odwołującego, mimo, że to na nim spoczywa ciężar dowodu zaistnienia okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty.

Zamawiający uzasadniając konieczność odrzucenia oferty odwołującego wskazywał na niedopuszczalność dokonania poprawy, gdyż dotyczyć by miała ona, istotnych elementów oferty (cen jednostkowych) oraz ingerencję w cenę oferty.

Argumentację zamawiającego Izba uznała za chybioną.

W orzecznictwie, tak Izby, jak sądów powszechnych, ukształtował się pogląd, iż odrzucenia

oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający może dokonać jedynie w sytuacji, gdy niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma charakter merytoryczny oraz niemożliwy do usunięcia. O niezgodności o charakterze merytorycznym można mówić w sytuacji, gdy zaoferowane przez wykonawcę świadczenie nie odpowiada opisanym w specyfikacji wymaganiom zamawiającego w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma charakter nieusuwalny w sytuacji, gdy nie można dokonać jej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Przywołany przepis nakazuje zamawiającemu poprawienie w ofercie innych, niż wskazane w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp omyłki pisarskie i rachunkowych o oczywistym charakterze, omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty:

Podkreślić trzeba, że czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania.

Norma zawarta w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp ma charakter nieostrej i oceny. Jednak w okresie obowiązywania przywołanego przepisu orzecznictwo Izby wypracowało pogląd, zgodnie z którym właściwym punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Sama okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (*essentialia negotii*) lub elementów uznanych za istotne przez

9

zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałyby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uzasadniającej odstąpienie przez zamawiającego od dokonania poprawy. Poprawienie oferty zamawiający jest zobowiązany dokonać w szczególności wtedy, gdy sposób w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę.

Podkreślić trzeba, że tak ukształtowana interpretacja art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp realizuje cel zamierzony przez ustawodawcę. *Ratio legis* przywołanego przepisu jest wyłączenie możliwości odrzucenia ofert z powodu błahych uchybień w jej treści.

W przypadku wielu postępowań na treść oferty składa się wiele dokumentów – gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane - częstokroć kosztorysy o licznych pozycjach. Mnogość danych powoduje, że możliwość popełnienia błędu jest wysoce prawdopodobna. Błędy te następują częstokroć z powodu przeoczenia, skutkiem uwarunkowań technicznych programu komputerowego wykorzystywanego przez wykonawcę lub ujęcia wartości jednej pozycji w cenie innej pozycji z nią związanej. Każda ze wskazanych sytuacji może mieć charakter omyłki, podlegającej ocenie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Ustawodawca dał możliwość korekty uznając, że celem postępowania o udzielenie zamówienia nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie).

Skoro ustawodawca dał w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp możliwość zmiany oferty w jej merytorycznym aspekcie, to tym bardziej uzasadnione jest powołanie się na ten przepis w przypadku usunięcia wewnętrznych sprzeczności tkwiących w ofercie.

Podkreślić też trzeba, że zamawiający żądając złożenia licznych załączników do oferty powielających te same dane w różnym ujęciu, zwiększył ryzyko popełnienia błędu przez wykonawców.

Zarzut odwołania znalazł potwierdzenie. Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż odrzucił ofertę odwołującego, w sytuacji, gdy na podstawie informacji zawartych w kosztorysie szczegółowym mógł dokonać jej poprawienia, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Nie można też pominąć, że odrzucenie oferty zamawiający winien dokonać jedynie w sytuacji, gdy w sposób nie budzący wątpliwości ustalił, że jest ona dotknięta nieusuwalną wadą. W okolicznościach sprawy zamawiający był uprawniony do tego, aby przez uzyskanie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wyjaśnić przyczynę powstałych nieścisłości. Odstępując od ich uzyskania zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 Pzp.

10

Przywołany art. 87 ust. 1 Pzp winien znaleźć również zastosowanie w sytuacji stwierdzenia braku w ofercie odwołującego oświadczenia, o powierzeniu wykonania części przedmiotu zamówienia podwykonawcom.

Ustawa Prawo zamówień publicznych wyznacza granice, w których zamawiający jest uprawniony do formułowania wymagań odnoszących się do wykonawców, którzy będą ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Art. 36 ust. 4 Pzp nakazuje zamawiającemu żądania od wykonawców wskazania części zamówienia, które zostaną powierzone podwykonawcom. Tym samym wykonawca zobowiązany jest wyłącznie do wskazania elementów przedmiotu zamówienia, których nie wykona własnymi siłami. Brak jest podstaw do wywodzenia, że wykonawca, który zamówienie wykona samodzielnie, zobowiązany jest do złożenia odrębnego oświadczenia, w szczególności pod rygorem odrzucenia oferty.

Podkreślić trzeba, że gdyby zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp uzyskałby stosowne wyjaśnienie. Oświadczenie odwołującego nie wytworzyłoby, w takim przypadku nowej treści oferty - sposób realizacji przedmiotu zamówienia nie ulegnie zmianie – stanowiłoby ono jedynie potwierdzenie, że odwołujący samodzielnie wykona całość zamówienia bez powierzenia wykonania żadnej jego części podwykonawcom.

Z uwagi na powyższe, żądanie zawarte w pkt 7.4.2 specyfikacji pozostaje bez znaczenia w przypadku wykonawców, którzy nie powierzają wykonania części zamówienia podwykonawcom.

Odrzucając ofertę odwołującego z powodu braku złożenia oświadczenia zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ustalenie, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu prowadzi do potwierdzenia zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp. Stanowi on, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

11

Czynność zamawiającego polegająca na dokonaniu wezwania jest działaniem obligatoryjnym, od którego zamawiający może odstąpić jedynie w dwóch powołanych w art. 26 ust. 3 Pzp okolicznościach.

Zatem zamawiający winien dokonać wezwania odwołującego do uzupełnienia wykazu osób, którego odwołujący nie złożył.

Odnosnie braku wskazania w treści wykazu oraz referencji, że usługa zrealizowana na rzecz Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w Katowicach, informacji, co do dokonania inspekcji TV podkreślić trzeba przede wszystkim, postanowienia specyfikacji nie zawierały wprost obowiązku wskazania w opisie usługi przeprowadzenia tej inspekcji. Ponadto brak jest podstaw do domagania się, aby informacja w tej mierze znajdowała się w treści referencji. Zgodnie z ukształtowanym poglądem orzecznictwa listy referencyjne lub inne dokumenty składane wraz z wykazem mają potwierdzać fakt należytego wykonania umowy. Z tego względu Izba uznała, że zamawiający winien przede w pierwszej kolejności dokonać wyjaśnienia tej kwestii w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, a jeżeli inspekcja TV w wymaganym przez zamawiającego rozmiarze nie była dokonana, winien wezwać odwołującego do złożenia nowego wykazu oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług.

Nie potwierdziły się natomiast zarzuty kierowane wobec oferty przystępującego.

Izba nie dopatrzyła się w treści specyfikacji konieczności odrębnego wskazania kosztów pracy sprzętu (motogodzin) oraz pracy ludzi.

Złożony przez przystępującego kosztorys szczegółowy jest źródłem wiedzy o wszelkich

danych kalkulacyjnych ceny oferty – narzutach oraz stopie zysku.

Ponadto, stosując w odniesieniu do oferty przystępującego analogiczne zasady, jak wyrażone przy ocenie oferty odwołującego, uznać należy, że ewentualne nieścisłości w żadnym razie nie powodują same w sobie konieczności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a jedynie skutkują koniecznością jej ewentualnej poprawy.

Naruszenia przepisów, których dopuścił się zamawiający mogą mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż oferta odwołującego może być uznana za najkorzystniejszą. W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 uwzględniła odwołanie, nakazując zamawiającemu wykonanie czynności wskazanych w pkt 1 wyroku na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając

12

kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego na podstawie przedłożonego rachunku w kwocie 3.075 zł.

Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego o uwzględnienie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz poniesionych kosztów dojazdu. § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, dopuszcza zaliczenie w poczet kosztów postępowania kosztów poniesionych przez przystępującego jedynie w sytuacji, gdy zamawiający uwzględni zarzuty odwołania w całości, a przystępujący zgłasza sprzeciw zgodnie z art. 186 ust. 4 Pzp, co nie nastąpiło.

.....

13