Sygn. akt: KIO 2074 /11

WYROK
z dnia 6 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2011 r. przez **Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Iławie, ul. Kard. St. Wyszyńskiego 37** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Biskupiec, ul. Rynek 1**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie wyboru oferty czynności odrzucenia oferty najkorzystniejszej, nakazuje unieważnienie Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Iławie, ul. Kard. St. Wyszyńskiego 37 i powtórzenie czynności oceny ofert z udziałem oferty Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Iławie, ul. Kard. St. Wyszyńskiego 37**
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Biskupiec, ul. Rynek 1** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 **000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Iławie, ul. Kard. St. Wyszyńskiego 37** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Gminy Biskupiec, ul. Rynek 1** na rzecz **Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Iławie, ul. Kard. St. Wyszyńskiego 37** kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.

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 **Olsztynie.**

Przewodniczący: ……..……

Sygn. akt KIO 2074/11

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na remont dróg gminnych, Gmina Biskupiec, powiat nowomiejski zostało wszczęte przez zamawiającego Gminę Biskupiec, ul. Rynek 1 ogłoszeniem o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 196846-2011 z dnia
W dniu 21 września 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym o odrzuceniu oferty Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego Spółki Akcyjnej z siedzibą w Iławie, ul. Kard. St. Wyszyńskiego 37 – zwanego dalej odwołującym na postawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy). W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia wskazał na treść uzasadnienia wyroku Izby z dnia 30 sierpnia 2011r. sygn. akt KIO 1821/11 i stwierdził, ze ściśle zastosował się do wytycznych zawartych w tym wyroku. W dniu 12 września 2011r. wezwał odwołującego do złożenia pisemnych wyjaśnień w

przedmiocie rzeczywistej treści oferty, w zakresie terminu realizacji zamówienia oraz udzielonego przez odwołującego okresu gwarancji. Udzielając wyjaśnień odwołujący, według zamawiającego, stwierdził, ze akceptował 36 miesięczny okres gwarancji i jego wolą było złożenie oferty zgodnej z siwz, a nie skrócenie okresu gwarancji, a zatem zamawiający mógł bez korzystania z procedury wyjaśnień samodzielnie poprawić omyłkę w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W zakresie terminu realizacji przedmiotu zamówienia, odwołujący z jednej strony twierdził, że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, z drugiej jednak sprecyzował, że wykona zamówienie w terminie podanym przez siebie w formularzu ofertowym, tj. do dnia 29 sierpnia 2012r. Odwołujący dodał, ze podanie innego terminu zawsze będzie powodowało niezgodność oferty z siwz. Zamawiający ocenił złożone wyjaśnienia i uznał, że odwołujący nie zagwarantował wykonania zamówienia trzech terminach realizacji zamówienia, o których mowa w rozdziale 4 siwz. Podkreślił, że Izba określiła możliwe scenariusze działania zamawiającego, w związku ze złożonymi wyjaśnieniami, ale nie przesądziła żadnego z nich. Zamawiający ocenił także, iż nie jest możliwe poprawienie omyłki w ofercie odwołującego w zakresie terminu realizacji zamówienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż powodowałoby to istotne zmiany w treści oferty tj. dopisanie brakujących terminów. Zamawiający nie uczynił tego w odniesieniu do któregokolwiek z wykonawców i dokonanie takiej czynności wobec odwołującego, byłoby naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Na poparcie swojego stanowiska powołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt : KIO 1066/11, KIO 827/11, KIO 857/11, KIO 711/11, KIO 1768/10, KIO 809/10, KIO/UZP 35/09, KIO/UZP

246/09.
W dniu 26 września 2011r. z czynnością odrzucenia swojej oferty nie zgodził się odwołujący i wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez nie poprawienie oferty odwołującego, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nierówne traktowanie.
Wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonanie ponownej oceny ofert, dokonanie poprawienia oferty odwołującego w oparciu o art. 87 ust.2 pkt3) ustawy, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, a ponadto o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 3.600 złotych.
W uzasadnieniu wskazał także na fakt, iż sprawa była już przedmiotem rozpoznania przez Izbę w sprawie sygn. akt KIO 1821/11 i obszernie zacytował wywody uzasadnienia orzeczenia. Wskazał także na treść wezwania z dnia 12 września 2011r. oraz na treść udzielonej przez siebie w dniu 13 września odpowiedzi.
Zdaniem odwołującego udzielone przez niego odpowiedzi w sposób jednoznaczny potwierdzają, iż zamierzał złożyć ofertę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Ponadto zadane przez Zamawiającego pytania wykluczają się wzajemnie i zaprzeczają ustaleniom Izby, gdyż na stronie 101 oferty (zaakceptowany wzór umowy) są podane terminy realizacji ale przez zamawiającego, a zaakceptowane przez odwołującego.
Wskazał, że w swojej ofercie na stronie 101 wskazał terminy realizacji, zgodne z siwz, a jego oferta nie była sprzeczna z siwz, tylko w swej treści zawierała dwa wskazania terminów i należało jedynie te rozbieżności wyjaśnić, co nakazała w swoim orzeczeniu Izba. W przedmiotowym przypadku, według odwołującego, nie można mówić o jakichkolwiek negocjacjach między odwołującym, a zamawiającym, gdyż w samej treści oferty znajdują się złożone oświadczenia woli na wzorze umowy. Na tej podstawie powinien zamawiający dokonać poprawienia przedmiotowej omyłki jako innej omyłki polegającej na niezgodności treści ofert z treścią SIWZ nie powodującej istotnej zmiany oferty. Zamawiający posiada dokument w ofercie na podstawie, którego bez ingerencji odwołującego może dokonać poprawienia przedmiotowej omyłki w oparciu o art. 87 ust.2 pkt.3) ustawy Pzp., na co Izba w wyroku sygn. akt KIO 1821/11, według odwołującego, wyraźnie wskazała. W ocenie odwołującego, Izba uznała, ze podpisanie przez niego wzoru umowy nadało temu wzorowi i zawartym w nim treściom charakter oświadczenia woli o zamiarze zawarcia umowy na podanych warunkach. Wskazał także, iż nie zgadza się z treścią uzasadnienia odrzucenia i przedstawionym tam tokiem rozumowania zamawiającego, gdyż według odwołującego zapis formularza ofertowego był jednoznaczny „pkt 2 Oświadczamy, że przedmiot zamówienia zrealizujemy w terminie do dnia ". Odwołujący nigdzie nie widzi możliwości złożenia

oświadczenia woli, co do skonkretyzowania poszczególnych terminów realizacji etapów (części) określonych w zamówieniu. Odwołujący oświadczył, że wskazany w formularzu oferty termin, to maksymalny termin realizacji całego zamówienia, a jednocześnie odwołujący poprzez złożenie oświadczenia o akceptacji warunków umowy zobowiązał się do wykonania wszystkich części zamówienia w terminach przewidzianych przez zamawiającego. W ocenie odwołującego, zamawiający niezgodnego z treścią art.89 ust.l pkt.2) ustawy odrzucenia oferty odwołującego, nie dokonał czynności poprawienia złożonej przez odwołującego oferty zgodnie z wyrokiem KIO sygn. akt: KIO 1821/11 z dnia 30 sierpnia 2011, przez co złamał postanowienia ustawy określone w art. 7 ust. 1-3 w związku z art. 87 ust.2 pkt.3) ustawy Pzp.
Odwołanie zostało podpisane przez członka zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania.
Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 23 września 2011r.
W dniu 27 września 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.
Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty odwołującego, wezwania zamawiającego z dnia 12 września 2011r., wyjaśnień odwołującego z dnia 13 września 2011r., akt postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1821/11 tj. odwołania i protokołu posiedzenia i rozprawy, informacji o wyniku postępowania.

Na postawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje :
W rozdziale 4 siwz w pkt 1 zamawiający wymagał wykonania zadania w terminach :
- nawierzchni asfaltowej w ciągu 2 miesięcy od dnia podpisania umowy,
- nawierzchni z kruszywa – drogi nr 1-6 – w ciągu 2 miesięcy od dnia podpisania umowy,
- nawierzchni z kruszywa – drogi nr 7-12 – w ciągu 12 miesięcy od dnia podpisania umowy.

W pkt 2 tegoż rozdziału zamawiający poinformował, że wykonawca może wykonać całość zadania szybciej, jednak płatność przewidziana za część dotyczącą dróg nr 7-12 przewidziana jest na drugie półrocze roku 2012.
W rozdziale 16 pkt 1 siwz zamawiający wskazał, że umowa (umowy), którą będzie podpisania w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, będzie zawierała wszystkie zapisy podane we wzorze umowy stanowiący załącznik nr 5 do siwz, z uwzględnieniem treści ofert.
W załączniku nr 1 do siwz – formularz ofertowy w pkt 2 znajduje się projekt oświadczenia, jaki w zakresie terminów wykonania zamówienia powinni byli złożyć wykonawcy o treści :
„pkt 2 Oświadczamy, że przedmiot zamówienia zrealizujemy w terminie do dnia "
We wzorze umowy stanowiącym załącznik nr do siwz w § 4 ust. 1 pkt 1 znajdują się

następujące postanowienia :
Wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu zamówienia w następujących terminach :

1) Rozpoczęcie robót – zamawiający warunkuje termin rozpoczęcia robót od podpisania umowy tj. w ciągu 3 dni od dnia podpisania umowy,
2) Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykonał zadanie w następujących terminach :
   2.1. nawierzchnię asfaltową – w ciągu 2 miesięcy od dnia podpisania umowy,
   2.2. nawierzchnię z kruszywa drogi od nr 1-6 – w ciągu 2 miesięcy od dnia podpisania umowy,
   2.3 nawierzchnię z kruszywa – drogi nr 7-12 – nie dłużej niż w ciągu 12 miesięcy od dnia podpisania umowy.

W ofercie odwołujące na str. 2 w formularzu ofertowym w pkt 3 znajduje się oświadczenie :
„pkt 2 Oświadczamy, że przedmiot zamówienia zrealizujemy w terminie do dnia 29 sierpnia 2012r.”
Od strony 96 do 112 oferty znajduje się § 4 wzoru umowy, który został podpisany przez członka zarządu i zawarto dopisek na każdej stronie „akceptuję projekt umowy”.

W dniu 30 sierpnia 2011r. w sprawie sygn. akt KIO 1821/11 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnić czynność odrzucenia oferty odwołującego, dokonanie ponownej oceny ofert.
W dniu 12 września 2011 Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rzeczywistej treści oferty zadając następujące pytania – dotyczące terminu realizacji zamówienia:
2. Dlaczego wykonawca dołączył do oferty zaakceptowany wzór umowy (nie był on obowiązkowym załącznikiem do oferty a w konsekwencji nie podlegał ocenie)
3. Jaki ostatecznie termin realizacji zamówienia miałby przyjąć (i skorygować, jak oczekuje tego wykonawca) Zamawiający skoro nie zostały wpisane w formularzu ofertowym terminy realizacji zamówienia przewidziane w SIWZ, a nie dopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie zmiany w jej treści (art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp)
4. Dlaczego do formularza ofertowego termin wykonania przedmiotu zamówienia wpisano datę" 29.08.2012r" (strona 2 oferty), podczas gdy w tej samej ofercie na stronie 101 załączonego do niej wzoru umowy podane zostały terminy analogi -jak w treści rozdziału 4 SIWZ.
5. Czy podany termin z formularza ofertowego będzie odpowiadał treści SIWZ biorąc

pod uwagę oświadczenia wykonawcy zawarte na stronie 101 oferty dotyczących terminów wykonania poszczególnych elementów zadania
Odwołujący w dniu 13.09.201 1r. udzielił następujących odpowiedzi na zadane wyżej pytania:
Ad. 2
Wykonawca, z uwagi na nieprecyzyjny zapis dotyczący terminu realizacji zamówienia w formularzu ofertowym, z ostrożności procesowej oraz z uwagi na wskazanie Zamawiającemu, iż w związku z tymi nieścisłościami Wykonawca oferuje wykonanie zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego.
Ad. 3 i 4
W odpowiedzi na zapytanie 4 Wykonawca informuje, iż powód dla jakiego została wpisana data 29.08.2012r został szczegółowo zreferowany w odwołaniu skierowanym do Krajowej Izby Odwoławczej. Jednakże z ostrożności procesowej Wykonawca informuje, że w formularzu ofertowym w poz. 3 Zamawiający żądał złożenia oświadczenia, że przedmiot zamówienia zrealizujemy w terminie do dnia ". Jak wynika z powyższego Zamawiający żądał wskazania konkretnego terminu realizacji zamówienia. Specyfika postępowania określona przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, uniemożliwia Wykonawcom określenie konkretnej daty zakończenia postępowania. W trakcie jego trwania mogą wystąpić różne okoliczności mające wpływ na jego zakończenie w szczególności: zapytania i odpowiedzi do treści SIWZ i zmiany z tym związane m.in. w zakresie terminu składania ofert, informacje Wykonawców składane zgodnie z treścią art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, prace komisji przetargowej i dokonanie rozstrzygnięcia przez Zamawiającego. Powyżej zostały wymienione tylko niektóre okoliczności które mają wpływ na termin wyboru oferty, a tym samym na termin zawarcia umowy. Wskazany przez nas w ofercie termin nie jest terminem przypadkowym i nie przemyślanym. Został on ustalony w sposób następujący. Zgodnie z treścią SIWZ oraz ogłoszenia termin składania ofert upływał w dniu 29.07.2011r. Artykuł 85 ust. 1 pkt. 1) ustawy Pzp stanowi, że Wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak nie dłużej niż: 30 dni - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. W przedmiotowej sytuacji wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, co jest równoznaczne z 30 dniowym terminem związania ofertą. Termin ten upływa w dniu 29.08.2011r. W formularzu ofertowym w poz. 3 Wykonawca oświadczył, że zrealizuje zamówienie do dnia 29.08.2012. W trakcie sporządzania oferty przyjęto maksymalny termin związania ofertą i maksymalny termin podpisania umowy (tj. 29.08.2011) ze względu na okoliczności wykazane powyżej. Z wyżej wymienionych okoliczności jednoznacznie można wywnioskować, iż termin przez nas podany jest terminem rocznym przy założeniu, iż umowa zostanie zawarta w

ostatnim dniu związania ofertą. Przyjęcie przez nas innego rozwiązania tj. wskazania innego terminu realizacji zamówienia zawsze będzie powodować niezgodność treści oferty z wymogami stawianymi w SIWZ przez Zamawiającego. Wykonawca przy takim żądaniu Zamawiającego(wskazania przez Wykonawcę konkretnej daty zakończenia realizacji zamówienia) nie jest w stanie stwierdzić na etapie składania, kiedy postępowanie zostanie zakończone tj. nastąpi wybór oferty najkorzystniejszej, a po nim upływ terminu, o którym w art. 94 ust. l pkt.2) ustawy Pzp tj. 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo 10 dni - jeżeli zostało przesłane w inny sposób - w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Dlatego też został przyjęty przez nas system maksymalnego terminu związania ofertą.
Dowodem na taki stan rzeczy, a jednocześnie odpowiedzią na pytanie 3, jest także złożone odwołanie i przesunięcie terminu związania ofertą, który zgodnie z art. 182 ust. 6 ustawy Pzp uległ zawieszeniu. Zatem w świetle prowadzonego postępowania, (wezwanie do wyjaśnień, ponowna ocena ofert i ponowny wybór oferty najkorzystniejszej) tym samym zmienił się także termin podpisania umowy. Z uwagi na powyższe termin określony przez Wykonawcę w ofercie na dzień 29.08.2011r nie będzie podlegał zmianie, gdyż umowa zostanie podpisana w miesiącu wrześniu lub październiku 201 lr, a zatem oferowany w ofercie termin będzie krótszy niż maksymalny przewidziany w umowie tj. 12 miesięcy na wykonanie całego zamówienia. Reasumując, a jednocześnie odpowiadając na pytanie 5 informujemy, że podany w formularzu ofertowym termin realizacji zamówienia tj. 29.08.2012r będzie odpowiadał treści SIWZ oraz treści złożonego oświadczenia woli złożonym na wzorze umowy strona 101, gdyż jest on krótszy niż wymagany zapisami SIWZ oraz wzorem umowy. Z ostrożności procesowej podtrzymujemy, że zamówienie zostanie zrealizowanie w terminie nie dłuższym niż 12 miesięcy od podpisania umowy.

Izba zważyła, co następuje :
Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.
Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną i gdyby tej oferty nie odrzucono uzyskałby zamówienie. Odwołujący Może ponieść szkodę w postaci utraty zysku, jaki zakładał z realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo tego, że oferta odwołującego spełnia wymagania siwz.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Izba ustaliła, że zamawiający określił wymagane terminy realizacji zamówienia dotyczące dróg asfaltowych oraz dróg nr 1-6 z kruszywa i określił je jednoznacznie i kategorycznie w siwz w rozdziale 4 i w załączniku nr 4 w par. 4 wzoru umowy jako dwa miesiące od dnia podpisania umowy oraz termin pożądany tj. termin 12 miesięcy od dnia podpisania umowy dla dróg nr 7-12 z kruszywa. Termin dotyczący realizacji dróg nr 7-12 był jedynym terminem określonym w siwz, który był możliwy do zmiany przez wykonawców. Zamawiający w rozdziale 4 pkt 2 dopuścił bowiem możliwość jego skrócenia. Tylko zatem w tym zakresie wykonawcy mogli złożyć zamawiającemu deklaracje w zakresie terminu. Zamawiający w rozdziale 4, ani w żadnym innym miejscu siwz nie określił, iż wymaga przepisania przez wykonawców terminów, które określił jako terminy wymagane, tj. terminy określone w rozdziale 4 pkt. 1.1 i pkt 1.2. siwz. Jednocześnie we wzorze formularza ofertowego zawarto projekt oświadczenia wykonawcy o terminie realizacji zamówienia, nakazującym wskazanie tego terminu „do dnia". Dodatkowo w ogłoszeniu w sekcji II.2 zamawiający wskazał termin realizacji zamówienia : okres w miesiącach : 12 miesięcy, bez rozbicia na poszczególne etapy wykonania konkretnych rodzajów dróg. Odwołujący na wezwanie zamawiającego z dnia 12 września 2011r., udzielając odpowiedzi w dniu 13 września 2011r., w ocenie Izby jednoznacznie wyjaśnił, że czuje się zobowiązany do wykonania zamówienia w terminach podanych w rozdziale 4 siwz, a maksymalnie planuje ukończyć całość zadania do dnia 29 sierpnia 2012r. W ocenie Izby oświadczenie zawarte w wyjaśnieniach nie budzi wątpliwości i wbrew stanowisku zamawiającego jest jednoznaczne i konkretne. Wynika to wprost z treści odpowiedzi na pytanie 7, że „umowa, która będzie

podpisana w wyniku rozstrzygnięcia postępowania będzie zawierała w świetle złożonej oferty wszystkie zapisy podane we wzorze umowy z uwzględnieniem treści oferty". Izba zauważa, że zgodnie z załącznikiem nr 4 do siwz par. 4 zamawiający nie przewidział możliwości przepisywania terminów z oferty do formularza umowy, brak jest bowiem jakichkolwiek wykropkowanych miejsc, w przeciwieństwie np. do par 6, par. 8 par. 11 wzoru umowy. Jednocześnie podany przez odwołującego termin wykonania całości zamówienia do dnia 29 sierpnia 2012r. jest zgodny w rozdziałem 4 pkt 2 siwz i par. 4 ust. 1 pkt. 2.1 i 2.2 wzoru umowy i nie pozostaje w sprzeczności z rozdziałem 4 pkt 1.3 siwz i par. 4 ust. 1 pkt 2.3 wzoru umowy, gdyż będzie krótszy niż 12 miesięcy od dnia podpisania umowy. Dodatkowo Izba zauważa, że nawet gdyby przyjąć, że zamawiającemu nie wolno było brać pod uwagę informacji zawartych w dokumencie niewymaganym tj. zaakceptowanym wzorze umowy, to oświadczenie o zaakceptowaniu terminów realizacji dróg asfaltowych i dróg z kruszywa o nr 1-6 wynikało z oświadczenia zawartego w pkt 7 formularza ofertowego na str. 3 oferty odwołującego, gdzie odwołujący zawarł oświadczenie o zobowiązaniu się do podpisania umowy na warunkach zawartych w siwz, w miejscu i terminie wskazanym przez

zamawiającego oraz do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W ocenie Izby nieuzasadnione są obawy zamawiającego, że odwołujący wykona zamówienie w odniesieniu do dróg asfaltowych i dróg nr 1-6 w innym niż wynikającym z siwz terminie. Przede wszystkim umowa, w tym zakresie, nie przewiduje możliwości uzupełnienia jej o treść oferty, a odwołujący oświadczył, że wykona umowę zgodnie z siwz. Okoliczności te potwierdził dodatkowo wyjaśnieniami z dnia 13 września 2011r. Izba stoi na stanowisku, że przy uwzględnieniu złożonych wyjaśnień zamawiający nieprawidłowo je ocenił i nieprawidłowo uznał, że odwołujący nie zadeklarował wykonania dróg asfaltowych i dróg nr 1-6 w terminie 2 miesięcy od dnia podpisania umowy, a w konsekwencji nieprawidłowo zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odrzucając ofertę odwołującego.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez zaniechanie jego zastosowania i w konsekwencji zaniechanie poprawienia omyłki w treści odwołującego.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Wobec ustalenia przez Izbę, iż odwołujący poprzez wyjaśnienia z dnia 13 września 2011r. oraz treść pkt 7 formularza oferty zadeklarował wykonanie zamówienia w terminach zgodnych z rozdziałem 4 pkt 1.1 i 1.2 i par. 4 ust. 1 pkt 2.1 i 2.2., a termin 29 sierpnia 2012r. podany jako termin realizacji całego zadania nie pozostawał w sprzeczności z rozdziałem 4 pkt. 1.3 i par. 4 ust. 1 pkt 2.3., to odwołujący nie popełnił w swojej ofercie omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz. 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 ustawy poprzez zaniechanie czynności. Tym samym argumentacja zamawiającego, co do niemożności uzupełnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie ma mogła być przedmiotem rozważania Izby. Zamawiający nie naruszał art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 – 3 ustawy poprzez nierówne traktowanie wykonawcy wybranego i odwołującego.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Wobec ustalenia przez Izbę, ze odwołujący wyjaśnieniami oraz treścią oferty jednoznacznie potwierdził wykonanie przedmiotu zamówienia w terminach określonych przez zamawiającego, to oferta odwołującego jako zgodna w swej treści z siwz powinna była podlegać ocenie. Zamawiający oferty odwołującego do tej oceny nie dopuścił, odrzucając ją. Tym samym nie potraktował równo dwóch ofert złożonych w tym postępowaniu, które nie podlegały odrzuceniu. W ocenie Izby zamawiający naruszając art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez jego zastosowanie dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 – 3 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na postawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust.

9 i ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 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). Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o zwrot kosztów zastępstwa prawnego, gdyż o zwrocie takich kosztów, zgodnie z treścią § 3 ust. 2 cyt. Rozporządzenia Izba orzeka na podstawie przedkładanych rachunków. Odwołujący rachunku nie złożył, stąd Izba nie mogła uwzględnić złożonego przez niego wniosku.

Przewodniczący ……