

WYROK
z dnia 18 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2018 r. przez wykonawcę ETF Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: ETF Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: ETF Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego: ETF Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce na rzecz Zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 wraz 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 Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Prace na linii kolejowej nr 108 mające na celu utrzymanie przejezdności wraz z przywróceniem parametrów eksploatacyjnych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25 maja 2018 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 098-224579.

W dnia 24 września 2018 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej piśmie „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty” (pismo nr IREZA3a-216-05-28/2018) o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

W dniu 26 września 2018 r. informacja ta została przekazana mailem wykonawcom.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący: ETF Polska Sp. z o.o. Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce w dniu 3 października 2018r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art.7 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w związku z obowiązującą Zamawiającego zasadą przejrzystości;

2) art. 89 ust.1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji, a zaistniała niezgodność treści wybranej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie stanowi innej omyłki, którą Zamawiający mógłby poprawić na podstawie art.87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp;

3) art.91 ust.1 poprzez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Mając na uwadze powyższe naruszenia obowiązujących przepisów prawa Odwołujący wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania,

- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o. na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp,
- 4) dokonanie powtórnej oceny ofert.

Odwołujący zwrócił uwagę, że istotą zarzutów, jakie stawia Zamawiającemu, jest zaniechanie odrzucenia i przyjęcie do oceny oraz procedury wyboru oferty wykonawcy - Przedsiębiorstwa Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o., pomimo, iż z jej treści jednoznacznie wynika że Wykonawca dopuścił się niedopuszczalnego - a wręcz literalnie zakazanego postanowieniami SIWZ - przedłużenia terminów na wykonanie niektórych zadań i etapów objętych przedmiotem zamówienia.

Zauważył, że zgodnie z treścią oferty wybranego Wykonawcy, w punktach 16 i 17 OFERTY, Wykonawca złożył oświadczenia o następującej treści:

- i. (16) zrealizuję roboty objęte Zamówieniem w terminie 385 dni od daty podpisania Umowy
- ii. (17) deklarujemy skrócenie terminu realizacji Etapu II o następującą ilość dni: 30.

Zdaniem Odwołującego - z treści powyższych oświadczeń wybranego Wykonawcy wynika, iż zobowiązuje się on do wykonania przedmiotowego zamówienia w terminie wskazanym przez Zamawiającego w pkt. 3 SIWZ (str.5 z 51), który „nie może być dłuższy niż 385 dni od daty podpisania Umowy.”.

Dodatkowo, zaznaczył, że Zamawiający w treści Warunków Umowy (SIWZ Tom II) w §1 ust.6 wskazał, w jakich nieprzekraczalnych terminach muszą być wykonywane poszczególne Etapy (wskazane przez Zamawiającego jako „kamienie milowe” - §27 ust.1 (str. 35 z 91) zadania niebędące Etapami:

„1) ETAP I Przygotowanie dokumentacji projektowej i pozyskanie decyzji administracyjnych niezbędnych do rozpoczęcia robót budowlanych - 70 dni od dnia podpisania umowy z Wykonawcą;

2) ETAP II Wykonanie robót budowlano - montażowych na szlaku Stróże - Wola Łużańska oraz Wola Łużańska - Gorlice Zagórzany - 285 dni od dnia podpisania umowy z Wykonawcą;

3) ETAP III Opracowanie i zatwierdzenie powykonawczej dokumentacji technicznej, powykonawczej dokumentacji geodezyjnej i innych zezwoleń niezbędnych przy odbiorze końcowym - 350 dni od dnia podpisania umowy z Wykonawcą;

4) Uzyskanie decyzji dotyczących certyfikacji - odbiór końcowy- 378 dni od dnia podpisania umowy z Wykonawcą;

5) Zakończenie i rozliczenie umowy - 385 dni od dnia podpisania umowy z Wykonawcą.”.

Według Odwołującego - o tym, jaką wagę i znaczenie przypisał Zamawiający realizacji przedmiotu zamówienia we wskazanych - maksymalnych - terminach świadczy też:

- fakt podkreślenia w § 26 [Etap] ust.1 Umowy obowiązku wykonawcy wykonania wskazanych Etapów w podanych terminach. Niezwykle istotnym dla rozpatrywanej sprawy są też wskazania zawarte w odnośniku do § 26 ust.1 Umowy:

- i. w odniesieniu do terminu zakończenia wykonywania Etapu II - „zgodnie z ofertą Wykonawcy, lecz nie dłużej niż 285 dni od dnia podpisania umowy

- ii. w odniesieniu do zakończenia wykonywania Etapu III - „przeliczone zgodnie ze skróceniem Etapu II zadeklarowanego w ofercie Wykonawcy, lecz nie dłużej niż 350 dni od dnia podpisania umowy z Wykonawcą.

- ujęcia w § 27 [Kary i obciążenia] ust.1 pkt. 2) Umowy kar umownych za niewykonanie w terminie Etapów II i III oraz wskazania - w dalszej części ustępu 1 (str.35 z 91) - konsekwencji finansowych za niedotrzymanie terminów wykonania Etapów.

Dodatkowo, wskazał, że w treści SIWZ - ujętej jako Załącznik nr 10 „Harmonogram Realizacji Zamówienia” - w zakresie terminów realizacji zamówienia Zamawiającego wskazał na wiążące okresy wykonywania poszczególnych wyróżnionych Etapów i zadań niebędących etapami.

Zaznaczył przy tym, że zgodnie z treścią tego Załącznika wykonawcy składający ofertę zobowiązani zostali do uwzględnienia bezwzględnie wymaganych okresów czasu na wykonanie poszczególnych zadań i Etapów:

Ip.	Zadanie lub ETAP	Termin zakończenia Zadania lub ETAPU	Okres czasu na realizację zadania lub ETAPU
		[liczba dni od terminu]	[dni]
	ETAP I Przygotowanie dokumentacji projektowej i pozyskanie decyzji administracyjnych niezbędnych do rozpoczęcia robót budowlanych	70	70
	ETAP II Wykonanie robót budowlano - montażowych na szlaku Stróże - Wola Łużańska oraz Wola Łużańska - Gorlice Zagórzany	285	215
	ETAP III Opracowanie i zatwierdzenie powykonawczej dokumentacji technicznej, powykonawczej dokumentacji geodezyjnej i innych zezwoleń niezbędnych przy odbiorze końcowym	350	65
	Uzyskanie decyzji dotyczących certyfikacji - odbiór końcowy	378	28
	Zakończenie i rozliczenie umowy	385	7
MAKSYMALNY CZAS WYKONYWANIA ZAMÓWIENIA			385

Zwrócił również uwagę, że przyjmując jako pozacenowe kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej „Termin realizacji zamówienia” (pkt. 20.6.2.) Zamawiający wskazał, iż skrócenie terminu realizacji zamówienia może wynikać tylko z ewentualnego zadeklarowania (zobowiązania się) przez wykonawcę skrócenia wykonywania ETAPU II.

Dalej, wywodził, że w punkcie 20.6.2.3. SIWZ „Zasady weryfikacji” (terminów) Zamawiający w kontekście przyjętej przez siebie metodyki weryfikacji terminów deklarowanych przez wykonawców, opierającej się na odpowiedzi na 4 pytania, z których każde zaczyna się zapytaniem „Czy ...”, jednoznacznie, czytelnie, w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, czterokrotnie stwierdza, iż w przypadku gdy wskazane badane terminy zostaną przekroczone - skrócone lub wydłużone - „oferta zostanie odrzucona”.

W opinii Odwołującego - podkreślają to wyraźnie odpowiedzi udzielane w na pytanie drugie i trzecie (pkt. 20.6.2.3. SIWZ):

„Jeżeli którykolwiek Etap zostanie wydłużony lub skrócony, niezgodnie z zasadami opisanymi w §26 Warunków Umowy, to oferta zostanie odrzucona”;

„Jeżeli którykolwiek termin na wykonanie:

• zadań niebędących Etapami (według zgodnie z założeniami § 26 Warunków Umowy) lub

- Etapu I
- lub Etapu III

zostanie wydłużony lub skrócony, to oferta zostanie odrzucona.”.

W świetle powyższych ustaleń i kategoriycznych wymagań Zamawiającego terminy realizacji poszczególnych Etapów i zadań – w ocenie Odwołującego - musiały się zawierać w następujących przedziałach:

lp.	Zadanie lub ETAP	Termin zakończenia zadania lub ETAPU	Okres czasu na realizację zadania lub ETAPU
		[liczba dni od terminu podpisania Umowy]	[dni]
	ETAPY I - III	225 - 350	225 - 350
	Zadania wskazane w pkt. 4- 5 poprzedniego zestawienia	260 - 385	35

Zauważył również, że w treści oferty wybranego Wykonawcy - Przedsiębiorstwa Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie - uwidacznia się istotna niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, gdyż zgodnie ze złożonym przez niego oświadczeniem:

- zobowiązując się on do wykonania przedmiotu zamówienia w terminie 385 dni
 - zobowiązując się do skrócenia terminu wykonania Etapu II o 30 dni (str.5 Oferty)
- z czego logicznie wynika, że zobowiązując się do skrócenia terminu wykonania Etapu II o 30 dni i jednocześnie zobowiązując się do wykonania przedmiotu zamówienia w terminie 385 dni, zaplanował realizację innych Etapów lub zadań w terminie o 30 dni dłuższym niż wymagał Zamawiający.

Przedstawił, że wybrany Wykonawca deklarując skrócenie terminu wykonania Etapu II, złożył wraz z ofertą „Harmonogram Realizacji Zamówienia”, w którym jednoznacznie zadeklarował terminy wykonania poszczególnych Etapów oraz zadań niebędących Etapami następująco:

lp.	Zadanie lub ETAP	Termin zakończenie zadania lub ETAPU	Okres czasu na realizację zadania lub ETAPU
		[liczba dni od terminu podpisania Umowy]	[dni]
	ETAP I	70	70
	ETAP II	255	185
	ETAP III	350	95
	Uzyskanie decyzji dotyczących certyfikacji - odbiór końcowy	378	28
	Zakończenie i rozliczenie umowy	385	7
CZAS WYKONYWANIA ZAMÓWIENIA			385

Z powyższego oświadczenia – w przekonaniu Odwołującego - wynika, że wybrany Wykonawca wydłużył termin realizacji Etapu III.

Podniósł, że warunki realizacji zamówienia, wynikające z treści oferty lub Harmonogramu, stanowią wprost okoliczność ujętą trzecim pytaniem weryfikacji deklarowanych terminów:

- „termin na wykonanie zadań niebędących Etapami został wydłużony”
 - lub
 - „termin na wykonanie Etapu III został wydłużony”
- co musi skutkować wskazaną przez Zamawiającego decyzją - odrzuceniem oferty wybranego Wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że aby móc dokonać oceny stanu prawnego zaistniałej sytuacji - stanu faktycznego - należy odpowiedzieć na podstawowe pytanie - „czy wskazana

niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia może podlegać sanacji w trybie art.87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, tzn. czy zadeklarowane przez wybranego Wykonawcę terminy realizacji stanowią „inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty ?” W ocenie Odwołującego - nie.

Argumentował, iż termin wykonywania zamówienia lub jego wskazanych części, zwłaszcza w świetle przytoczonych i kilkakrotnie powtarzanych postanowień Zamawiającego, stanowi Essentialia negotii - przedmiotowo istotny element umowy. Tak więc, jakkolwiek zmiana w tym zakresie winna być rozpatrywana w kontekście dopuszczalnej zmiany oświadczenia woli wykonawcy.

Oświadczył, że swoje stanowisko Odwołujący opiera na jednolicie ukształtowanym i ugruntowanym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE, które w odniesieniu do okoliczności przedmiotowej sprawy wyraża się dwiema konstatacjami:

1. Przepisy prawa europejskiego nie stoją na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub poprawienia oczywistych błędów materialnych.

2. Poprawienie treści oferty nie może jednak prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie do przedstawienia przez oferenta nowej oferty.

Według zapatrywania Odwołującego - w świetle powyższego właściwego stosowania przepisów dotyczących prawa do zmiany treści oferty - dokonanie poprawienia treści oferty wybranego Wykonawcy - przekracza uprawnienia Zamawiającego w tym zakresie, i nie może też być spornym, iż zmiana terminów lub okresów wykonania poszczególnych Etapów i zadań niebędących Etapami prowadziło do rezultatu porównywalnego w istocie ze złożeniem przez Wykonawcę nowej oferty.

Takie działanie Zamawiającego - ewentualne poprawienie w tym zakresie treści oferty wybranego Wykonawcy – zdaniem Odwołującego - naruszałoby też obowiązek przejrzystości i zasadę równego traktowania wykonawców, stanowiących podstawę dyrektyw Unii dotyczących postępowań w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Wskazał, że z orzecznictwa TS UE jednoznacznie wynika, że przestrzeganie obowiązku przejrzystości ma zagwarantować brak ryzyka faworyzowania i możliwości arbitralnego traktowania ze strony Zamawiającego i służyć spełnieniu dwóch podstawowych celów:

- po pierwsze - pozwolić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym

zwykła staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób,

- po drugie - umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia.

Nie powinno być spornym, iż w treści dokumentów przetargowych (TOM I „Instrukcja dla wykonawców”) TOM II „Warunki Umowy”) wykonawcy zostali należycie poinformowani o wymaganiach Zamawiającego w odniesieniu do terminów wykonywania Etapów i zadań i o konsekwencjach zadeklarowania innych terminów.

W aspekcie ustawowego pojęcia „omyłki”, Odwołujący stwierdził, że nie można poprawić żadnych rozbieżności pomiędzy ofertą a SIWZ, a jeżeli są one skutkiem celowego działania wykonawcy, również wtedy, gdy działanie celowe opierało się na złym rozumieniu SIWZ, brakiem zapoznania się z jej wymogami i doprowadziło do niezgodności oferty ze specyfikacją, a także świadomie zamieszczenie czegoś w ofercie wyklucza uznanie rezultatu za omyłkę.

Odwołujący stanął na stanowisku, iż w sytuacji, gdy w dwóch dokumentach sporządzonych przez Wykonawcę - ofercie (Formularzu ofertowym) oraz w Harmonogramie - jasno i czytelnie określono terminy wykonania wyspecyfikowanych przez Zamawiającego części zamówienia, niezgodnie z wymaganiami ujętymi w dokumentach przetargowych, trudno znaleźć podstawy, aby ocenić ten stan inaczej, jak ich świadome zamieszczenie w ofercie przez wybranego Wykonawcę. Bez względu na powody dokonania czynności.

Pismem z dnia 8 października 2018r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Przystępującego Przedsiębiorstwa Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, odwołania, pisma poprawiającego inną omyłkę z dnia 10 lipca 2018r., zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 24 września 2018r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 18 października 2018r., jak również na podstawie złożonych przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1, przepisu 89 ust.1 pkt. 2, art.91 ust.1 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ.

Według zapatrywania Izby zarzut odwołania odnoszący się do sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ nie potwierdził się.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający przewidział załącznik nr 1 do IDW – Formularz ofertowy stanowiący integralną część SIWZ, który miał być złożony przez wykonawców.

Izba stwierdziła również, że Przystępujący składając ofertę w pkt.16 tego formularza oświadczył, że zrealizuje(-emy) roboty objęte Zamówieniem w terminie: 385 dni od daty podpisania Umowy, a w pkt 17 oświadczył, że deklarujemy skrócenie terminu realizacji Etapu II o następującą ilość dni: 30.

Dodatkowo, Izba ustaliła również, że Zamawiający w piśmie z dnia 10 lipca 2018r.poprawił oczywistą inną omyłkę zgodnie z art.87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp z pkt 16 powyższego formularza ofertowego Przystępującego zastępując liczbę 385 cyfrą 355 i jednocześnie poprawił odpowiednio terminy w załączniku nr 10 w części HRZW.

W ocenie Izby - Zamawiający dokonując w powyższym piśmie poprawienia terminu realizacji robót z pkt 16 formularza ofertowego działał w granicach przepisu art.87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Stosownie do przepisu art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie 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.

Z zachowania zarówno Przystępującego, Odwołującego, jak i innych wykonawców(Transkol sp. z o.o.) wynikało, że mają oni problem z prawidłowym wypełnieniem formularza ofertowego w zakresie wpisania terminów realizacji robót, jak i wypełnienia załącznika nr 10 w części HRZW.

Izba ustaliła, że w każdym z tych przypadków Zamawiający dokonywał stosownych poprawek omyłek dotyczących tych terminów realizacji zamówienia w pismach z dnia 10 lipca 2018r.

Na tle tej sytuacji, Izba uznała, że oparcie się przez Zamawiającego na oświadczeniu woli Przystępującego zawartego w pkt 17 formularza ofertowego z deklaracją skrócenia terminu realizacji etapu II o 30 dni pozwalało mu na dokonanie powyższego poprawienia omyłki polegającej na mylnym wpisaniu maksymalnego terminu realizacji - 385 dni od dnia podpisania umowy, zamiast terminu 355 dni od dnia podpisania umowy.

W przekonaniu Izby – powyższy poprawiony termin 355 dni uwzględniał oświadczenie Przystępującego o skróconym okresie wykonania etapu II o 30 dni, bowiem pomniejszenie terminu 385 dni o zaoferowane skrócone 30 dni dawało prawidłową liczbę 355 dni.

Jednocześnie Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił okoliczności dokonania wpisania przez Przystępującego w ofercie nieprawidłowej wartości w sposób zamierzony, co oznacza, że rzeczywiście taka omyłka wystąpiła.

Podobne omyłki zresztą wstąpiły w formularzu ofertowym Odwołującego, co uprawdopodobnia taki stan rzeczy.

Izba nie dostrzegła również wystąpienia w wyniku tej poprawki istotnych zmian w treści oferty Przystępującego, skoro termin maksymalny na wykonanie przedmiotu zamówienia oczekiwany przez Zamawiającego wynosił 385 dni, a jego skrócenie zgodnie z deklaracją Przystępującego z pkt 17 formularza ofertowego wyniosło 30 dni, to w istocie ten skrócony termin musiał wynosić 355 dni.

Powyższe powoduje, że essentialia negotii w tym zakresie są oczywiste i dają podstawę do zawarcia umowy.

W dalszej kolejności Izba wzięła pod uwagę przyznanie Odwołującego, że zał. nr 10 w części HRZW nie stanowił treści oferty, stanowił jedynie potwierdzenie możliwości uzyskania dodatkowej punktacji wynikającej z możliwości skrócenia terminów realizacji zamówienia.

Odwołujący stwierdził również, że wykonawca mógł złożyć taki zał. nr 10 lub też go nie złożyć. Niezłożenie tego załącznika nie powodowałoby obowiązku po stronie Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ z uwagi na to, że ten dokument zawierał jedynie oświadczenie wpływające na określenie spełniania wymogu z kryterium.

W związku z tym, Izba nie traktując tego załącznika jako treści SIWZ nie mogła zatem stwierdzić, że oświadczenie złożone przez Przystępującego w harmonogramie mogło pozostawać w sprzeczności z treścią SIWZ.

Wobec tego, biorąc przedstawioną wyżej argumentację, w tej sytuacji nie można było postawić Zamawiającemu zarzutu naruszenia przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:.....