

WYROK
z dnia 25 czerwca 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2012 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 czerwca 2012 roku przez wykonawcę Zofię Szurpicką i Leszka Romanowskiego prowadzący działalność gospodarczą pod firmą APARTAMENT s.c. ulica Morska 30c, 14-500 Braniewo w postępowaniu prowadzonym przez Powiatowy Inspektorat Weterynarii w Braniewie z siedzibą przy ulicy Żeromskiego 22, 14-500 Braniewo

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Zofię Szurpicką i Leszka Romanowskiego prowadzący działalność gospodarczą pod firmą APARTAMENT s.c. ulica Morska 30c, 14-500 Braniewo. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Zofię Szurpicką i Leszka Romanowskiego prowadzący działalność gospodarczą pod firmą APARTAMENT s.c. ulica Morska 30c, 14-500 Braniewo tytułem wpisu od odwołania;

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Powiatowy Inspektorat Weterynarii w Braniewie z siedzibą przy ulicy Żeromskiego 22, 14-500 Braniewo prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Nadbudowa budynku usługowego Powiatowego Inspektoratu Weterynarii w Braniewie zlokalizowanego w Braniewie przy ulicy Żeromskiego 22* zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 155292 z 15 maja 2012 roku.

5 czerwca 2012 roku Zamawiający przekazał odwołującemu informację o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując Odwołującego, że wybrał do realizacji zamówienia ofertę nr 2 złożoną przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "JAN" Stanuch Jan. Zamawiający jednocześnie poinformował Odwołującego, że odrzucił jego ofertę, uzasadniając odrzucenie Zamawiający wskazał, że wymagał on gwarancji 36 miesięcznej a Wykonawca wpisał w formularzu ofertowym 24 miesięczny okres gwarancji. Wobec tego Zamawiający uznał, iż udzielona gwarancja nie odpowiada treści SIWZ. Zdaniem Zamawiającego niezgodność ta nie jest oczywistą omyłką pisarską którą można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), w związku z czym odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

11 czerwca 2012 roku Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie odrzucenia oferty Wykonawcy APARTAMENT s.c. Szurpicka Zofia, Romanowski Leszek z siedzibą w Braniewie, wyboru oferty nr 2 złożonej przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "JAN" Stanuch Jan oraz braku poprawienia podanego w ofercie Odwołującego okresu gwarancji z 24 miesięcy na 36 miesięcy od dnia bezusterkowego odbioru końcowego całego zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji gdy jego oferta to spełniała wszelkie wymogi, czego konsekwencją było dokonanie wyboru oferty innego Wykonawcy z pominięciem oferty Odwołującego, która jest ofertą poprawną formalnie i prawnie oraz jest ofertą najkorzystniejszą
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez jego niezastosowanie, a tym samym nie poprawienie

podanego w ofercie okresu gwarancji na wykonany przedmiot zamówienia z 24 miesięcy na 36 miesięcy;

3. art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie wskazanego okresu gwarancji.
4. art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy przez brak należytego uzasadnienia prawnego zawiadomienia Zamawiającego o odrzuceniu oferty,
5. art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego się, unieważnienie dokonanego wyboru oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „JAN” Stanuch Jan, ul. Świętojańska 5b, 14-500 Braniewo, nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem ofert Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu poprawienie omyłki w ofercie odwołującego w zakresie dotyczącym terminu gwarancji na wykonany przedmiot zamówienia z 24 miesięcy na 36 miesięcy oraz ponowne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Wykonawcy kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego (13 600,00 zł).

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący złożyli ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie.

W pkt 3.7 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) Zamawiający określił minimalny wymagany okres gwarancji na 3 lata.

Odwołujący złożyli w terminie poprawną formalnie ofertę wraz z wymaganymi załącznikami.

W pkt 3 oferty Odwołujący omyłkowo wskazali na 24 miesięczny okres gwarancji.

Dodatkowo w ofercie Odwołujący się oświadczył, iż nie wnosi zastrzeżeń do SIWZ i akceptuje warunki umowy określone w SIWZ. Tym samym Odwołujący się zgodził się na co najmniej 36 miesięczny okres gwarancji.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami Zamawiającego opisanymi w SIWZ, a następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w SIWZ. Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert, przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył Zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a drugiej - zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej

wyartykułowane w SIWZ oczekiwania. Przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy Zamawiający będący podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powinien dołożyć należytej staranności, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a wykonawcy, który ją złożył powierzyć realizację zamówienia. W związku z powyższym stwierdzić należy, iż w realiach konkretnej sprawy zanim Zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 ustawy stwierdzone nieprawidłowości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1 - 3 ustawy. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia Zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Wbrew literalnemu brzmieniu art. 87 ust. 1 ustawy, z którego można by wywodzić, iż wyjaśnienie treści oferty stanowi wyłącznie uprawnienie Zamawiającego („w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących złożonych ofert”) trzeba podkreślić, że skorzystanie z procedury opisanej powołanym przepisem stanowi obowiązek Zamawiającego, jeśli stwierdzone nieścisłości mają skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Inne rozumienie komentowanego przepisu stałoby w sprzeczności z zasadą wskazaną w art. 7 ust. 1 ustawy i prowadzić by mogło do udzielenia zamówienia wykonawcy, którego oferta nie jest najkorzystniejsza.

W tym stanie rzeczy art. 87 ust. 1 ustawy nie stanowi bezwzględnego zakazu ingerowania przez Zamawiającego w treść oferty wykonawcy. Granice dopuszczalnej ingerencji określa przepis art. 87 ust. 2 pkt 1- 3 ustawy opisujący zasady rządzące poprawianiem omyłek. W szczególności w tym kontekście wymaga komentarza art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy dotyczący poprawiania innych niż oczywiste (pisarskie i rachunkowe) omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, przewidując *sui generis* procedurę doprowadzenia do zgodności treści złożonej oferty z treścią SIWZ. Powołany przepis ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni SIWZ (art. 82 ust. 3 ustawy). Jednakże z żadnego przepisu ustawy, w szczególności z regulacji zawartych w art. 87 ustawy, nie wynika zakaz poprzedzenia takiego poprawienia wezwaniem do wyjaśnień treści oferty, jak również zakaz skorzystania w tym celu z otrzymanych w ich wyniku informacji.

Odwołujący podniósł, że zasadą jest, że wykonawca chce złożyć ofertę zgodnie z SIWZ, a niezgodności, które popełnia, stanowią niezamierzone omyłki. Okoliczność ta podlega weryfikacji, bowiem wykonawca musi wyrazić zgodę na poprawienie niezgodności. Jeśli jego zamiarem było złożenie oświadczenia woli (oferty) nieodpowiadającego SIWZ, nie wyraził zgody na poprawienie stwierdzonej niezgodności, a jego oferta będzie podlegała odrzuceniu

na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy. Weryfikacji charakteru niezgodności treści oferty z treścią SIWZ służy także procedura wyjaśniania treści oferty opisana w art. 87 ust. 1 ustawy, która może poprzedzać dokonanie poprawek w treści oferty wykonawcy. Z żadnego bowiem przepisu ustawy, w szczególności z regulacji zawartych w art. 87 ustawy, nie wynika zakaz poprzedzenia takiego poprawienia wezwaniem do wyjaśnień treści oferty, jak również zakaz skorzystania w tym celu z otrzymanych w ich wyniku informacji (sygn. akt KIO/UZP 959/09). Instytucja przewidziana w art. 87 ust. 2 ustawy służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których z powodu nieistotnych omyłek, odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizacją zamówienia zgodnie z SIWZ. Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcom, którzy złożyli oferty obciążone nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Taką intencję ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: *„W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. (...). Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w Ofertach w trybie art. 87 ust 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.”*

Przepis art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy obliguje Zamawiającego do poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego omyłek w treści oferty, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności: stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter omyłki oraz poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zdaniem Odwołującego w okolicznościach faktycznych sprawy niezgodność treści oferty odwołującego z treścią SIWZ w zakresie oferowanego okresu gwarancji (24 miesiące zamiast minimum 36 miesięcy) stanowi niezgodność z SIWZ, którą należy zakwalifikować jako „inną omyłkę” określoną w art. 87 ust. 2 ustawy pkt 3 ustawy. Za przedstawionym poglądem przemawia fakt, iż celem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest zawarcie z nim przez Zamawiającego umowy (udzielenie zamówienia). Zatem każdy wykonawca, profesjonalista, chcąc uzyskać zamówienie musi przygotować ofertę zgodną z SIWZ. Wola odwołującego złożenia takiej oferty została wyrażona w formularzu ofertowym, w którym zadeklarował realizacją zamówienia zgodnie z SIWZ poprzez akceptację jej wszystkich warunków, w tym minimalnego okresu gwarancji. Trudno byłoby w świetle zasad doświadczenia życiowego uznać za racjonalne działanie wykonawcy polegające na świadomym złożeniu oferty, której treść nie będzie odpowiadała treści SIWZ. Stąd określenie 24 miesięcznego okresu gwarancji musiałoby stanowić przejaw świadomego działania wykonawcy - oświadczenia o zamiarze wykonania zamówienia w sposób odmienny aniżeli wymagany w SIWZ, które nie może być rozpatrywane w kategorii omyłki. W niniejszej sprawie nieprawidłowy okres gwarancji jest jedyną niezgodnością w treści oferty z treścią SIWZ, którą Zamawiający w pierwszej kolejności zobowiązany był wyjaśnić na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Trudno wyobrazić sobie sytuację, iż wykonawca świadomie w zakresie dotyczącym okresu gwarancji, składa oświadczenie woli niezgodne z treścią SIWZ. Tym samym Zamawiający powinien powziąć wątpliwość, co do rzeczywistych intencji wykonawcy i wystąpić w tym zakresie o wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy.

W związku z określeniem w SIWZ wymaganego okresu gwarancji na minimum 36 miesięcy w toku wyjaśnień Zamawiający zostałby przez Odwołującego poinformowany, czy istotnie, jego zamiarem było zaoferowanie okresu gwarancji na 24 miesiące, a jeśli nie - jaki okres gwarancji chciał zaoferować. Jak wynika z niniejszego odwołania intencją odwołującego było zaoferowanie w kwestionowanym zakresie okresu gwarancji zgodnego z SIWZ tj. 36 miesięcy.

Pozostaje więc do rozstrzygnięcia, czy w realiach sprawy poprawa stwierdzonej omyłki powodowałaby istotne zmiany w treści oferty. Zdaniem Odwołującego w rozpatrywanym stanie faktycznym stwierdzoną niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należało ocenić jako nieistotną. Pojęcie „istotności zmian treści oferty”, o którym mowa we wskazanym przepisie,

trzeba analizować uwzględniając całokształt okoliczności sprawy. Okres gwarancji jest niewątpliwie ważnym, lecz jednym z wielu elementów zobowiązania wykonawcy, na które składa się także m.in. wynagrodzenie, termin realizacji zamówienia, termin usunięcia wad czy zakres przedmiotowy (wszystkie powołane elementy stanowią treść oświadczenia woli wykonawcy - ofertę). Zatem dla oceny istotności zmiany oferty w stosunku do jej pierwotnego brzmienia mogą mieć znaczenie czynniki takie jak zakres zmiany w stosunku do całości oferty. Zakres zmiany w stosunku do całokształtu oferty obejmuje w niniejszej sprawie jej niewielki wycinek. Zatem poprawkę dotyczącą okresu gwarancji uznać należy za nieistotną.

Wobec dokonanego opisu przedmiotu zamówienia, obejmującego duże przedsięwzięcie - robotę budowlaną, poprawienie niezgodności oferty z SIWZ postulowane w odwołaniu uznać należy za mało istotne, tak w aspekcie przedmiotowym (znaczenia dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia), jak i kosztowym.

Jakkolwiek nie jest to relewantne dla niniejszej sprawy, zasadnym jest w tym miejscu podnieść, iż jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty była cena. Gwarancja określona na minimalnym poziomie 36 nie była elementem wpływającym na wybór oferty. Tym samym przy zaoferowaniu najkorzystniejszej ceny, nawet udzielenie gwarancji 100 miesięcznej przez drugiego Wykonawcę nie miało wpływu na wybór oferty. Jednocześnie należy podkreślić, iż zamiarem Odwołującego było i jest udzielenie 36 miesięcznej gwarancji. Wykonawcy występują w szeregu postępowań przetargowych, w których analizują setki stron dokumentów. Wobec tego skupiając się na szczegółowych elementach łatwo o omyłkę, co też miało miejsce w niniejszym postępowaniu. Nie mniej podstawowe zasady postępowania przetargowego, w tym interes Zamawiającego przemawiają za uznaniem tej omyłki i jej poprawienie za nieistotną zmianę oferty, zgodną z intencją odwołującego się (KIO 1818/11, KIO/UZP 1432/10).

Warto także wskazać, iż przykładem „innej omyłki”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest rozbieżność w ofercie polegająca na wskazaniu przez wykonawcę dwóch różnych terminów realizacji zamówienia. Taki pogląd Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła w wyroku z dnia 23 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 16/09). W przedmiotowej sprawie wykonawca w rubryce „termin realizacji zamówienia” wpisał 12 tygodni od zawarcia umowy, podczas gdy zgodnie z SIWZ wymagany był termin 10-tygodniowy. Izba ustaliła jednak, iż w innych miejscach oferty podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego wskazywał na wykonanie zamówienia zgodnie z zapisami SIWZ, w związku z czym Izba stanęła na stanowisku, iż „rozbieżność w ofercie Odwołującego, polegająca na podaniu, oprócz terminu zgodnego z żądaniem Zamawiającego, innego terminu, stanowi, w okolicznościach niniejszej sprawy, omyłkę o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy,

tj. "inną omyłkę" polegającą na niezgodności oferty ze SIWZ, nie powodującą istotnych zmian w treści oferty". Taka sytuacja zachodzi również w niniejszym postępowaniu, gdzie z jednej strony odwołujący się wskazał omyłkowo 24 miesięczny okres gwarancji, to wskazując na realizację zamówienia zgodnie ze SIWZ, tym samym zgadzał się i wskazywał na 36 miesięczny okres gwarancji, co stanowi inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust.1 pkt 3 ustawy. Skoro więc Krajowa Izba Odwoławcza uznawała za inną omyłkę tak istotny element oferty jakim jest termin realizacji zamówienia, to tym bardziej taką omyłką jest wskazany termin gwarancji, przy akceptacji 36 miesięcznego jej okresu. Taka interpretacja wskazywana jest także w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych Nr 7/2010.

W świetle powyższych argumentów, Odwołujący wskazał, że Zamawiający zobowiązany był do poprawienia omyłki w zakresie okresu gwarancji, zatem wskazane w odwołaniu uchybienia przepisom ustawy potwierdzają się. Wymaga zaakcentowania, iż każdorazowo, gdy Zamawiający niezasadnie dokonuje odrzucenia oferty wykonawcy narusza wyrażoną w art. 7 ust. 1 zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Oprócz powyższych zarzutów należy wskazać, iż informacja Zamawiającego z dnia 05.12.2011 r. nie spełnia wymogów formalnych stawianych temu dokumentowi przez art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy. za orzecznictwie KIO bezwzględnie wymaga się, aby zostały podane w sposób wszechstronny, wyczerpujący i czytelny wszystkie powody odrzucenia oferty, co wynika również z obowiązku zbadania oferty w nieograniczonym zakresie na podstawie art. 20 ust. 1 ustaw ponieważ tylko taka sytuacja może umożliwić Wykonawcy pełne odniesienie się do konkretnych przesłanek odrzucenia oferty i skorzystanie z prawa do wniesienia odwołania, (KIO 771/11, KIO 1915/10, KIO/UZP 1503/10, KIO/UZP 731/1, KIO/UZP 112/09) Uzasadnienie prawne odrzucenia oferty ograniczyło się do przytoczenia treści przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Przytoczone powyżej orzeczenia KIO niejednokrotnie zwracały uwagę, iż samo wskazanie i przytoczenie treści przepisu nie spełnia wymogów w zakresie uzasadnienia prawnego. Jest to o tyle oczywiste, iż ustawa wymaga uzasadnienia prawnego a nie przytaczania treści przepisów prawnych.

Jak zostało wskazane w *petitum* odwołania, główną czynnością zaskarżoną przez Odwołującego się jest odrzucenie jego oferty. Pozostałe czynności w ramach zaskarżenia, w tym część przedstawionych zarzutów zostały powołana jako mająca bezpośredni związek z zaskarżoną podstawą czynnością Zamawiającego.

W świetle powyższych argumentów niniejsze odwołanie jak i wnioski w nim zawarte są w pełni uzasadnione.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 11czerwca 2012 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja potwierdzająca przesłanie odwołania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie oraz ofertę Odwołującego a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający na posiedzeniu złożył pismo Odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i przyznanie kosztów zastępstwa prawnego od Odwołującego na rzecz Zamawiającego z tytułu reprezentacji Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że okres udzielonej przez Odwołującego gwarancji (24 miesiące) jest oczywiście inny niż wymagana przez Zamawiającego (minimum 36 miesięcy) i dlatego uznał, że brak jest podstaw do poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 ustawy. Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego w żadnym innym miejscu nie zawierała informacji na temat udzielonej gwarancji, tym samym nie budziło po stronie Zamawiającego żadnych wątpliwości, które mógł Zamawiający zakwalifikować jako omyłkę. Wskazał, że nie miały miejsca również okoliczności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, bo takie wezwanie w trybie art.

87 ust. 1 ustawy możliwe jest gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub jej treść nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy, jednakże wyjaśnienia nie mogą, co do zasady, prowadzić do zmiany treści oferty. Wskazuje Zamawiający funkcjonalny związek pomiędzy art. 87 ust. 1 ustawy a art. 87 ust. 2 ustawy – źródłem wiedzy Zamawiającego dla dokonania poprawek w trybie art. 87 ust.2 pkt 1-3 ustawy może być zastosowanie trybu wyjaśnienia wątpliwości, o którym mowa w art. 87 ust.1 ustawy. Wątpliwości te jednak muszą powstać w związku z treścią badanej oferty a w przedmiotowym przypadku treść oferty Odwołującego nie budziła wątpliwości co do okresu udzielonej gwarancji. Zamawiający podniósł, że nie może zgodzić się z zarzutami Odwołującego bowiem nie każda niezgodność treści oferty z SIWZ musi być wyjaśniana w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Zamawiający nie miał prawa zastosować art. 87 ust. 1 ustawy a jego zastosowanie w tym przypadku spowodowałoby naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy. Powołuje orzeczenia KIO sygn. akt 429/12; KIO 1138/11, KIO 1173/11; KIO 1363/08, KIO 1392/08. Zamawiający wskazał, że w jego ocenie oczywiste jest, że udzielona gwarancja jest niezgodna z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ co stanowiło podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego. W ocenie Zamawiającego niezasadny jest również zarzut naruszenia art. 92 ust.1 pkt 2 ustawy – Zamawiający wskazał powody odrzucenia oferty wskazując przepis ustawy stanowiący podstawę odrzucenia oraz podając faktyczne okoliczności powodujące niegodność treści oferty z SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż nieprawidłowo zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3* – i na jego podstawie odrzucił ofertę Odwołującego. Jednocześnie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy – *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać*

od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1 a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści - z uwagi na niezastosowanie i niewezwanie Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty oraz naruszenie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy – Zamawiający poprawia w ofercie (...) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści ofert – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona - polegające na zaniechaniu przez Zamawiającego obowiązku poprawienia omyłek w treści oferty Odwołującego, co w sumie doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący podniósł również, iż Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie – tj.: równe traktowanie wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba uznała, iż odwołanie w podniesionych przez Odwołującego zakresie nie podlega uwzględnieniu.

Na wstępie rozważań Izba wskazuje, że w art. 87 ustawy ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo i nałożył na Zamawiającego obowiązek. W art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, iż ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywania wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnień wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, iż regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego – czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonej oferty pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Jednakże w zakresie uprawnienia

Zamawiającego nie mieści się prowadzenie żadnych negocjacji z wykonawcą, którego to treść oferty podlega wyjaśnieniu a także dokonanie jakiejkolwiek zmiany w treści złożonej oferty z wyłączeniem przypadków uregulowanych w art. 87 ust. 2. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień w zakresie treści złożonej przez Odwołującego oferty. Nie istnieje ustawowa regulacja, która nakłada na Zamawiającego obowiązek wezwania do składania wyjaśnień w zakresie treści oferty w przypadku, gdy Zamawiający dokonując rzetelnego badania oferty stwierdził uchybienia w tej ofercie, które prowadzą do obowiązku odrzucenia oferty z postępowania na podstawie art. 89 ust.1 ustawy.

Istotnym i znamionym dla niniejszej sprawy jest również fakt, iż wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dokonywać zmian w treści pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli (oferty). Wyjaśnienia muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 czerwca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 1092/09). Nienaruszalność treści złożonej oferty, brak możliwości negocjacji treści oferty przez wykonawcę i Zamawiającego oraz dopuszczalność korekty oferty jedynie w zakresie uchybień enumeratywnie wskazanych w art. 87 ust.2 ustawy stanowi kanon stosowania art. 87 ust.1 ustawy (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 sierpnia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 992/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 października 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1324/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 października 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1281/09).

Zamawiający nie znalazł podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, stwierdzając, że treść złożonego przez Odwołującego oświadczenia jest dla Zamawiającego zrozumiała. Odnosząc się do stanowiska Odwołującego Izba uznała, iż sam Odwołujący potwierdził zarówno w treści odwołania jak i na rozprawie rozbieżność pomiędzy treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia a treścią złożonej przez Odwołującego oferty, przy czym rozbieżności te nie budzą wątpliwości lecz stanowią o złożeniu oświadczenia przez tegoż wykonawcę w przedmiocie innym niż wymagany przez Zamawiającego.

Art. 87 ust. 2 ustawy *Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) 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.* W przypadku omyłki określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy wykonawca zobowiązany jest do wyrażenia pisemnie

zgody na dokonanie poprawy tejże omyłki pod rygorem odrzucenia oferty z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) wykonawca w terminie trzech dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust.2 pkt 3.* Natomiast oferty zawierające inne omyłki, których nie można było poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy podgalażą odrzuceniu i stanowi to obowiązek Zamawiającego, który płynie z treści art. 89 ust.1.

Odwołujący wskazał w odwołaniu na naruszenie przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z uwagi na zaniechanie przez Zamawiającego dokonania poprawy omyłki w treści oferty Odwołującego tj. poprawy okresu gwarancji. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający zobowiązany jest do poprawy w ofercie innych omyłek niż te, o których mowa w art. 87 ust. 1 i 2 ustawy, które polegają na niezgodności treści oferty ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Szczególny charakter tego przepisu wskazuje, że jego stosowanie musi mieć pewne granice, które są wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1516/08). Charakter tych omyłek, niezależnie od ich skomplikowania, powinien pozwalać na dokonanie przez Zamawiającego samodzielnej poprawy, w którą to czynność poprawy nie będzie ingerował wykonawca.

Na uwagę zasługuje fakt, iż uwzględniając, że oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, które zawiera propozycję zawarcia umowy, to na podstawie przywołanego powyżej przepisu możliwa jest ingerencja w oświadczenie wykonawcy. Nieistotność lub istotność zmiany treści oferty w wyniku dokonania poprawy oceniana powinna być każdorazowo w zakresie danego postępowania i danej oferty, bowiem sam ustawodawca posługując się nieostrym określeniem owych omyłek wskazał na konieczność odniesienia owej czynności do konkretnego stanu faktycznego (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 roku sygn. akt XII Ga 102/09). Niewątpliwie treść oferty zawiera istotne postanowienia, które zawierać będzie umowa czyli w szczególności postanowienia dotyczące przedmiotu zamówienia, okresu gwarancji i ceny, ale oczywiście katalog ten jest otwarty i nie ma możliwości jego jednoznacznego zdefiniowania (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 11/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 11516/08; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 marca 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 246/09).

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz ofertę Odwołującego, które w ocenie Izby stanowią wiarygodne źródło informacji oraz są kluczowymi dokumentami dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy a także oświadczenia

Stron złożone na rozprawie, które również mają w niniejszej sprawie istotne znaczenie Izba uznała, że Zamawiający właściwie ocenił ofertę Odwołującego w zakresie omyłek i nie przekroczył dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy a w konsekwencji prawidłowo zastosował sankcję jaka wynika z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odwołujący w punkcie 3 formularza oferty oświadczył, że *Udzielam gwarancji na okres 24 m-cy licząc od dnia bezusterkowego odbioru końcowego całego zamówienia.* Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający określił: *Wymagany okres gwarancji minimum 3 lata.*

Odwołujący złożył oświadczenie zgodnie ze wzorem *Formularza oferty* (załącznik nr 1 do SIWZ) *Oświadczam, że zapoznałem się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, dokumentacją techniczną, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót oraz kosztorysami ofertowymi – i nie wnoszę do nich zastrzeżeń. Zdobyłem wszystkie konieczne informacje do przygotowania oferty (dokonałem wizji lokalnej na terenie robót).*

Izba nie może zgodzić się z interpretacją jaką przyjął Odwołujący. Uwzględniając wyżej zamieszczone wywody, należy jednoznacznie podnieść, że proces poprawiania omyłek nie może prowadzić do znaczącej ingerencji Zamawiającego w treść złożonej oferty, a omyłka w treści oferty nie może pozostawiać wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy.

Izba wskazuje, że uchybienie jakie zaistniało w treści oferty Odwołującego stwierdzone przez Zamawiającego w zakresie udzielonej gwarancji na okres 24 miesięcy w ofercie Odwołującego – gdzie Odwołujący nie spełnił wymaganego minimalnego okresu gwarancji 36 miesięcy, co też sam Odwołujący potwierdził w swoim oświadczeniu, nie stanowią w ocenie Izby omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Stanowisko takie znajduje odzwierciedlenie w orzeczeniu Sądu Okręgowego w Krakowie w którym czytamy: *Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp. (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 roku sygn. akt XII Ga 429/09).* Nie jest uprawnionym dokonywanie przez Zamawiającego jedynie zmian, mających na celu dostosowanie oferty do żądań Zamawiającego zawartych w SIWZ.

Czynność poprawy omyłek w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy prowadzi do zmiany treści oferty, jednakże charakter tych omyłek musi być taki, że sam Zamawiający jest w stanie dokonać teź poprawy. W tym przypadku Zamawiający nie mógł stwierdzić, że treść

oświadczenia wykonawcy podlega poprawie - poprawa sprowadzałaby się do dostosowania oferowanego przez Odwołującego terminu udzielonej gwarancji do wymagań Zamawiającego. Istotnym również w tej sprawie jest fakt, że Zamawiający określił minimalny termin gwarancji (minimum 36 miesięcy) jaką chciał uzyskać od wykonawców składających oferty, tym samym nie jest możliwe aby Zamawiający znał prawdziwą intencję Odwołującego w zakresie określenia przez Odwołującego oferowanego czasu udzielonej gwarancji, co uniemożliwia dokonanie poprawy w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. (porównaj: wyrok KIO z 14 czerwca 2011 roku sygn. akt KIO 1138/11; KIO 1173/11).

Izba podkreśla, iż należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta.

Obowiązkiem Odwołującego jest złożenie oferty poprawnej, zgodnej z wymaganiami Zamawiającego, zaś obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie rzetelnej i zgodnej z przepisami czynności badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie stanowi narzędzia do „naprawiania” źle złożonych ofert, lecz stanowi podstawę do poprawy omyłek, których dokonać może Zamawiający a ich znaczenie dla całości złożonego oświadczenia woli (oferty) przez Odwołującego w kontekście specyfikacji istotnych warunków nie będzie istotne (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 lutego 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 157/09, KIO/UZP 159/09, KIO/UZP 174/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 października 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1278/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18 maja 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 779/10;). Izba wskazuje, iż ustawa zobowiązuje Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3* – do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazać należy, iż o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich

porównanie. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10). Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia – w przedmiotowym postępowaniu, w złożonej ofercie przez Odwołującego brak jest zgodności pomiędzy oświadczeniem jakie złożył Odwołujący a wymaganiami Zamawiającego. Nie została również dowiedziona przez Odwołującego zgodność oświadczenia woli złożonego przez Odwołującego z oczekiwaniami Zamawiającego zawartymi w SIWZ. Oświadczenie złożone przez Odwołującego w pkt 3 Formularza oferty stanowi szczegółowe, konkretne oświadczenie, którego treść nie może być zastąpiona lub wyłączona przez ogólne oświadczenie złożone w punkcie 5 tego formularza a odnoszące się do stwierdzenia, że wykonawca zapoznał się z treścią dokumentacji postępowania. Oferta złożona przez Odwołującego nie odpowiada wymaganiami określonym w SIWZ, a jej uchybienia niemożliwe są do poprawy zgodnie z obowiązującym przepisem art. 87 ustawy, co prowadzi do wniosku, uwzględniając specyficzny charakter postępowania o udzielenie zamówienia, iż niemożliwym było przyjęcie przez Zamawiającego złożonej przez Odwołującego oferty. Izba w tym względzie podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie i piśmiennictwie, że generalne oświadczenie wykonawcy o zaakceptowaniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wykonaniu przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie zastępuje wymaganych szczegółowych opisów dotyczących, np. przedmiotu zamówienia, sposobu realizacji zamówienia itp. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 15 czerwca 2010 roku sygn. akt KIO/1045/10).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień

publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 - *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o (...) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne* – przez brak należytego uzasadnienia prawnego zawiadomienia Zamawiającego o odrzuceniu oferty. W informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający podał podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz przytoczył treść tego przepisu. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający zobowiązany jest do podawania wykładni przepisu. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym podał przyczyny zastosowania przepisu stanowiącego podstawę odrzucenia oferty, gdzie odwołał się do szczegółowego wyjaśnienia podstawy odrzucenia. Artykuł 89 ustawy w ustępie 1 reguluje podstawy odrzucenia oferty w postępowaniu i to właśnie ten przepis stanowi prawną podstawę odrzucenia oferty. Tym samym Izba uznała, że zarzut Odwołującego jest niezasadny.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izba stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto

zaprzecza). Odwołujący wywodząc skutki prawne, z faktu, iż złożona przez niego oferta nie powinna zostać odrzucona z postępowania, powinien był wykazać, udowodnić, że Odwołujący zaoferował Zamawiającemu konkretny, określony przez Odwołującego jako dysponenta własnego oświadczenia termin zaoferowanej gwarancji, która, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, miała być określona na minimum 36 miesięcy. Nie dowodząc tego Odwołujący nie wykazał, że oferta złożona przez niego została odrzucona z postępowania niezgodnie z obowiązującymi przepisami.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszało zasad zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji tj. zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08).

W świetle powyższych ustaleń w przedmiotowej sprawie, Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było prawidłowe i nie naruszyło regulacji art. 7 ust 1, art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2, art. art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, tym samym Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 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 wyjaśnia, że zgodnie z § 3 pkt 2) 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 do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwotę 3 600,00 zł. Pełnomocnik Zamawiającego nie złożył żadnych rachunków.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....