

WYROK
z dnia 3 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 stycznia 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia **14 grudnia 2013 r.** wniesionego przez wykonawcę **Zakład Budowlany RAF-BUD Rafał R., ul. Wybickiego 10/18, 83-300 Kartuzy** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Żukowo, ul. Gdańska 52, 83-330 Żukowo**

przy udziale wykonawcy **Zakład Robót Ogólnobudowlanych Stanisław R., ul. Fałata 10, 83-400 Kościerzyna** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy **Zakład Robót Ogólnobudowlanych Stanisław R., ul. Fałata 10, 83-400 Kościerzyna** jako najkorzystniejszej;
- 2) dokonania unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i dokonania unieważnienia czynności uznania oferty odwołującego za odrzuconą;
- 3) wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów;
- 4) poprawienia omyłki w ofercie odwołującego i zawiadomienia odwołującego o poprawieniu omyłki w ofercie odwołującego;
- 5) dokonania ponownego badania ofert z udziałem oferty odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gmina Żukowo, ul. Gdańska 52, 83-330 Żukowo**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Zakład Budowlany RAF-BUD Rafał R., ul. Wybickiego 10/18, 83-300 Kartuzy**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Gmina Żukowo, ul. Gdańska 52, 83-330 Żukowo** na rzecz wykonawcy **Zakład Budowlany RAF-BUD Rafał R., ul. Wybickiego 10/18, 83-300 Kartuzy** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, poz. 984 i 1047) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający **Gmina Żukowo, ul. Gdańska 52, 83-330 Żukowo** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Rozbudowa szkoły podstawowej w Glinczu o pomieszczenie spełniające funkcje przedszkolne i społeczno-kulturalne«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych **10.10.2013 r.** pod nrem **412476 – 2013**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, poz. 984 i 1047) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający **06.12.2013 r.** zawiadomił listem poleconym, czyli w inny sposób niż określony w art. 27 ust. 2 Pzp (faksem lub drogą elektroniczną), o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Zakład Robót Ogólnobudowlanych Stanisław R., ul. Fałata 10, 83-400 Kościerzyna**;
- 2) wykluczeniu wykonawcy **Zakład Budowlany RAF-BUD Rafał R., ul. Wybickiego 10/18, 83-300 Kartuzy** ze względu na uznanie braku spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia – art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i uznanie, że oferta tego wykonawcy podlegałaby odrzuceniu na podstawie gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca **Zakład Budowlany RAF-BUD Rafał R., ul. Wybickiego 10/18, 83-300 Kartuzy**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł **14.12.2013 r.** do Prezesa KIO odwołanie, gdyż zamawiający:

- 1) zaniechał wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 2) bezpodstawnie uznał, że oferta odwołującego podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- 3) zaniechał poprawienia omyłki w ofercie odwołującego i zawiadomienia o tym odwołującego;

- 4) bezpodstawnie wykluczył odwołującego z postępowania i uznał ofertę odwołującego za odrzuconą.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp** przez bezpodstawne zastosowanie tego przepisu;
- 2) **art. 24 ust. 4 Pzp** przez bezpodstawne zastosowanie tego przepisu;
- 3) **art. 26 ust. 3 zdanie pierwsze Pzp** przez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu;
- 4) **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** w związku z **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez niezastosowanie tego przepisu;
- 5) **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez brak kompleksowej oceny treści oferty odwołującego przez pryzmat tego przepisu.

Odwołujący wniósł o wydanie wyroku nakazującego zamawiającemu:

- 1) dokonania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) dokonania unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą;
- 3) wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów;
- 4) poprawienia omyłki w ofercie odwołującego i zawiadomienia go o tym;
- 5) dokonania ponownego badania ofert z udziałem oferty odwołującego.

Argumentacja odwołującego

Z treści zawiadomienia o wykluczeniu odwołującego wynika, że oferta odwołującego podlegałaby odrzuceniu na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** ze względu na zawarcie w niej niewłaściwego terminu gwarancji w stosunku do wymaganego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej specyfikacja). W pkt 2 oferty odwołujący wpisał okres gwarancji – 36 miesięcy, a zgodnie z **rozd. II ust. VII pkt 7 specyfikacji** należało wpisać co najmniej 48 miesięcy. Zamawiający uznał, że odwołujący złożył w ofercie świadome zobowiązanie do udzielenia gwarancji niezgodnej z treścią specyfikacji w zakresie terminu. Takie uznanie zamawiającego jest bezpodstawne. Zostało przyjęte w sprzeczności z zasadami logicznego myślenia, bez uwzględnienia doświadczenia życiowego odwołującego oraz jego doświadczenia wynikającego z udziałów w przetargach publicznych i znajomości przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący nie mógł świadomie i celowo założyć, że jego oferta zostanie przyjęta przez zamawiającego nawet wtedy, gdy jej treść będzie niezgodna z treścią specyfikacji. Odwołujący wie, że oferta, której treść świadomie zostanie zmieniona w stosunku do treści narzuconej postanowieniami specyfikacji, podlega odrzuceniu. Odwołujący posiadając taką wiedzę nie mógł przygotować i dożyć świadomie oferty niezgodnej z treścią specyfikacji. Nie

po to angażował swój czas i czas pracowników, ponosił koszty, aby uzyskać w efekcie pewne odrzucenie oferty. Celem złożenia oferty było pozyskanie przez odwołującego przedmiotowego zamówienia, zaś w zakresie gwarancji zamiarem odwołującego było zaoferowanie 48 miesięcznego terminu.

Treść złożonej przez odwołującego oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji, ale niezgodność ta nie została wprowadzona świadomie. Powstała ona pod wpływem omyłki popełnionej przez pracownika odwołującego przygotowującego ofertę. Odwołujący podpisując ofertę nie dostrzegł tej omyłki i z taką omyłką oferta została złożona u zamawiającego. Jest to jednak omyłka, którą zamawiający powinien poprawić.

Zamawiający niezasadnie wykluczył odwołującego z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu i następnie to wykluczenie wskazał jako przyczynę do uznania oferty odwołującego za odrzuconą na podstawie **art. 24 ust. 4 Pzp**, jako złożoną przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

W zaistniałym stanie rzeczy, zamawiający nie miał prawa uznać oferty odwołującego za odrzuconą na podstawie **art. 24 ust. 4 Pzp**, bowiem nie można było definitywnie stwierdzić na tym etapie postępowania, czy rzeczywiście odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu (czy jest podstawa faktyczna do wykluczenia z postępowania), bo zamawiający nie wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów, a nie wezwał, bo, zdaniem zamawiającego, oferta odwołującego podlegałaby odrzuceniu na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**.

Takie postępowanie jest niezgodne z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, bo przeprowadzone w niewłaściwej kolejności. **Art. 26 ust. 3 zdanie pierwsze Pzp** daje zamawiającemu prawo do niewzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ale wyłącznie wtedy, gdy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu mimo uzupełnienia wadliwych lub brakujących dokumentów. Oznacza to, że zamawiający przed zwolnieniem się z obowiązku wezwania do uzupełnienia dokumentów powinien w pierwszej kolejności rozpoznać, czy oferta odwołującego podlega odrzuceniu.

Po definitywnym stwierdzeniu, że oferta podlega odrzuceniu, zamawiający odstępuje od wzywania wykonawcy do uzupełnienia brakujących lub wadliwych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale nie wyklucza wykonawcy w oparciu o **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp** i nie uznaje oferty wykonawcy za odrzuconą na podstawie **art. 24 ust. 4 Pzp**, ale odrzuca ofertę na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** i dodatkowo informuje wykonawcę w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty o brakach w dokumentach wykonawcy mających potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz

informuje o odstąpieniu od wezwania do uzupełnienia tych dokumentów z powodu odrzucenia oferty.

Przepis **art. 26 ust. 3 zdanie pierwsze Pzp** używa zwrotu „podlega”, bo w momencie odstępowania od wyzwania do uzupełnienia dokumentów zamawiający jeszcze fizycznie nie odrzucił oferty, ale już wie, że oferta podlega odrzuceniu. Ustawodawca wprowadził takie uregulowanie prawne, aby skrócić postępowanie przetargowe, żeby nie dokonywać czynności zbędnych, bo po co wzywać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, jeżeli oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Jednak zawiadomienie o czynnościach zamawiającego musi już odzwierciedlać stan aktualny, wyrażający wolę zamawiającego o odrzuceniu oferty i o odstąpieniu od wezwania do uzupełnienia dokumentów, ze wskazaniem brakujących lub wadliwych dokumentów, od których wzywania zamawiający odstąpił.

Takie zawiadomienie o czynnościach zamawiającego stanowi podstawę do wniesienia odwołania. Zaprezentowanie w zawiadomieniu niewłaściwych czynności zamawiającego zdecydowanie utrudnia wykonawcy obronę i przygotowanie odwołania, tak jest właśnie w przedmiotowym postępowaniu. Z treści zawiadomienia o wykluczeniu z postępowania i uznaniu oferty odwołującego za odrzuconą można wyczytać, że zamawiający odstąpił od wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów, bo oferta odwołującego podlegałaby odrzuceniu na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji.

Zamawiający nie zastosował przepisu **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**, o czym świadczy użycie słowa „podlegałaby”, co stanowi określenie stanu oferty przez użycie trybu przypuszczającego czasu przeszłego czasownika „podlegać”. Aby zwolnić się z wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie **art. 26 ust. 3 Pzp**, zamawiający nie może przypuszczać, ale musi stwierdzić na pewno, że oferta podlega odrzuceniu. Bez takiego stwierdzenia zamawiający powinien wezwać odwołującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz posiadania wiedzy i doświadczenia, czego bezpodstawnie nie uczynił.

Dodatkowo przepis **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** nie stanowi bezwzględnej podstawy do odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji. Zamawiający może taką ofertę odrzucić, ale wyłącznie w sytuacji, gdy nie jest możliwe doprowadzenie treści oferty do zgodności z treścią specyfikacji w oparciu o **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** przez poprawienie przez samego zamawiającego omyłki zawartej w ofercie.

Zamawiający nie dokonał analizy niezgodności treści oferty odwołującego z treścią specyfikacji. Założył z góry, że jeśli treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji, to oferta podlega odrzuceniu. Takiego założenia nie wolno było zamawiającemu czynić. Zamawiający

w oparciu o **art. 87 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**, powinien w pierwszej kolejności ustalić, czy niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest wynikiem zamierzonego działania wykonawcy, czy też wynikiem omyłki. Jeżeli stwierdził, że jest to omyłka, wówczas zamawiający powinien ocenić czy omyłka powoduje istotne, czy nieistotne zmiany w treści oferty.

W przypadku stwierdzenia, że niezgodność treści oferty jest wynikiem omyłki i poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, zamawiający jest obowiązany poprawić taką omyłkę i niezwłocznie zawiadomić o tym fakcie wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W przypadku oferty odwołującego, niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji powstała w wyniku omyłki, co już wyżej wykazano. Omyłka jest z kategorii omyłek nieistotnych dla treści oferty i poprawienie jej nie spowoduje istotnej zmiany w treści oferty. W przedmiotowym postępowaniu termin udzielonej gwarancji nie stanowi kryterium oceny ofert. Omyłka w długości terminu gwarancji nie miała wpływu także na cenę oferty. Zamawiający mógł poprawić treść oferty, ponieważ znał minimalny 48 miesięczny okres gwarancji narzucony specyfikacją. Zamawiający bez problemu mógł także określić zamiar odwołującego, który przecież w odniesieniu do rękojmi wpisał do oferty nie inny, ale właśnie minimalny okres określony w **rozd. II ust. VII pkt 9 specyfikacji**. Odwołujący także w przypadku terminu gwarancji zamierzał udzielić jej na okres minimalny określony w **rozd. II ust. VII pkt 7 specyfikacji**.

Zamawiający po poprawieniu okresu gwarancji z 36 na 48 miesięcy i zawiadomieniu o tym fakcie odwołującego, dowiedziałby się ostatecznie czy to była omyłka i czy została poprawiona w sposób zgodny z zamiarem odwołującego, bowiem odwołujący w terminie 3 dni miałby prawo do niewyrażenia zgody na dokonane przez zamawiającego poprawienie omyłki. Brak zgody odwołującego dałby ostatecznie zamawiającemu prawo do odrzucenia oferty odwołującego.

Uznanie, że oferta podlegałaby odrzuceniu bez przeprowadzenia oceny przyczyny powstania niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, bez oceny skali i istotności tej niezgodności, jest uznaniem pozaprawnym, niezgodnym w szczególności z przepisem **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**. Brak kompletnej oceny oferty odwołującego przez pryzmat przepisu **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**, a w związku także przez pryzmat **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** nie mogło doprowadzić zamawiającego do ostatecznego stwierdzenia, czy oferta odwołującego podlega odrzuceniu. To zaniechanie zamawiającego stanowiło w efekcie o naruszeniu przepisu **art. 26 ust. 3 zdanie pierwsze Pzp**, bo tylko w przypadku definitywnego stwierdzenia, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu, zamawiający mógł odstąpić od wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz

posiadania wiedzy i doświadczenia. Odwołujący składa odwołanie, bo czuje się poszkodowany działaniami zamawiającego bezpodstawnie pozbawiającymi odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **14.12.2013 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **16.12.2013 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

18.12.2013 r. wykonawca **Zakład Robót Ogólnobudowlanych Stanisław R., ul. Fałata 10, 83-400 Kościerzyna** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie z kopiami dla odwołującego i przystępującego do czasu zamknięcia rozprawy **03.01.2014 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** przez bezpodstawne zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie odwołującego i zawiadomienia o tym odwołującego – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający żądał w rozdz. II oddział VII ust. 7 str. 30 specyfikacji, aby wykonawcy zaoferowali termin gwarancji jakości co najmniej 48 miesięcy od dnia przekazania zamawiającemu karty gwarancyjnej, co zgodnie z rozdz. II oddział VII ust. 2 str. 29 specyfikacji może nastąpić w dniu zakończenia czynności odbioru końcowego przedmiotu zamówienia. Jednocześnie zamawiający przedstawił na str. 58 i 59 specyfikacji wzór oferty, gdzie w ust. 2 znalazło się stwierdzenie cyt. „Zobowiązuję / zobowiązujemy^{*)} [^{*)} niepotrzebne skreślić – przypisek Izby] się do udzielenia pisemnej gwarancji jakości na okres miesięcy licząc od daty zakończenia a czynności odbioru końcowego”, a w ust. 7 pkt 1 znalazło się stwierdzenie, cyt. „Oświadczam / oświadczamy^{*)} [^{*)} niepotrzebne skreślić – przypisek Izby], że [...] zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie wnosimy do niej zastrzeżeń”.

Odwołujący złożył w ofercie gwarancję jakości określając ją liczbowo na 36 miesięcy, ale również odwołujący stwierdził w ofercie, że odwołujący zapoznał się ze specyfikacją i nie wnosi do niej zastrzeżeń.

Zgodnie z art. 65 Kc w związku z art. 14 Pzp zamawiający powinien podjąć próbę określenia treści oświadczenia odwołującego, nie tylko na podstawie tego co zostało napisane, ale wszystkich możliwych okoliczności sprawy. W tym przypadku są dwa miejsca w ofercie niezgodne ze sobą, które wymagają od zamawiającego takiego podejścia: (1) oświadczenie o udzieleniu gwarancji jakości na 36 miesięcy i (2) oświadczenie odwołującego o zapoznaniu się ze specyfikacją i nie wnoszeniem do niej zastrzeżeń, a więc o zaoferowaniu, zgodnie ze specyfikacją gwarancji na co najmniej 48 miesięcy, chociaż odwołujący nie zwerbalizował tego nigdzie w ofercie.

Z doświadczenia życiowego można stwierdzić, że racjonalnie myślący wykonawca nie składa oferty, która podlega odrzuceniu. Z tym ogólnym poglądem współgra przepis art. 87 ust. 2 Pzp, w którym został nałożony na zamawiającego obowiązek poprawienia w ofercie omyłek, tak aby zamawiający nie odrzucał ofert, w których znajdują się omyłki. Przepis art. 87 ust. 2 Pzp brzmi: „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 związku z brzmieniem wprowadzenia do wyliczenia art. 87 ust. 2 Pzp („Zamawiający poprawia w ofercie”) zamawiający ma obowiązek poprawiania omyłek w ofertach wykonawców we wszystkich okolicznościach. Takie stanowisko potwierdza również treść § 145 ust. 1 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. Nr 100, poz. 908), który brzmi „Jeżeli norma ma znajdować zastosowanie we wszystkich okolicznościach, w przepisie prawnym nie określa się okoliczności jej zastosowania”.

Ponadto Izba stwierdza, że zgodnie z komentarzem do nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych: „można poprawiać omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień” (Komentarz Prawo Zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r., s. 118).

Do określenia treści oferty zamawiający może również zastosować przepis art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp i zażądać od wykonawcy wyjaśnienia treści swojej oferty. Przepis art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert”.

Okres gwarancji nie jest, jak stwierdza przystępujący, *essentialia negotii* oferty i nie należy tego postanowienia petryfikować bez możliwości zmiany, ale można dokonywać poprawek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Również okres gwarancji nie jest tak istotny jak cena, gdyż cena stanowi 100% wagi w ocenie ofert. Mimo to ceny są częstokroć przez zamawiających poprawiane, chociaż stanowią zazwyczaj 100% kryteriów wagowych.

Na 11 wykonawców, którzy złożyli oferty w rozpoznawanym postępowaniu przetargowym, 4 wykonawców popełniło ten sam błąd, co popełnił odwołujący, a z pozostałych 7 żaden nie złożył innej oferty na okres gwarancji niż 48 miesięcy. Wynika to z reguły postępowania każdego wykonawcy minimalizującego zbędne ryzyko. W przypadku, gdy za dłuższy termin gwarancji wykonawca nie może uzyskać żadnych korzyści (100% cena) żaden racjonalnie myślący wykonawca nie zaoferuje dłuższego okresu gwarancji. Jednocześnie żaden wykonawca nie narazi się na pewne odrzucenie oferty i nie będzie oferować krótszego terminu gwarancji.

Skład orzekający Izby stwierdza, że poprawienie omyłki w rozpoznawanym zakresie nie będzie uprzywilejowaniem żadnego wykonawcy i nie naruszy zasady zachowania uczciwej konkurencji, gdyż z doświadczenia życiowego i racjonalności wiadomo, że wykonawca składa ofertę, aby jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a więc również nie podlegała odrzuceniu.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych została wprowadzona, aby właściwie gospodarować środkami publicznymi, a nie, aby zbędny formalizm dominował nad innymi celami ustawy.

Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący określając okres gwarancji na 36 miesięcy stwierdził, że nie pominął tego okresu, a tylko dokonał omyłki, gdyż zwykle okres gwarancji wynosi tyle samo co ustawowej rękojmi gwarancji – 36 miesięcy.

Biorąc wszystkie te przesłanki pod uwagę skład orzekający Izby stwierdza, że w rozpoznawanym postępowaniu zamawiający powinien zastosować się do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i poprawić w ofercie wskazaną omyłkę, jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym odwołującego.

Pozostałe zarzuty na czynności zamawiający są wynikiem zaniechania przez zamawiającego poprawienia omyłki. Jeżeli odwołujący, tak jak deklarował to podczas rozprawy nie wyrazi niezgody na poprawienie omyłki, wtedy zamawiający nie będzie mógł odrzucić oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp i zamawiający będzie musiał zastosować procedurę wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 7 brzmi „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3”, a przepis art. 26 ust. 3 brzmi „Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert”.

W związku z tym zamawiający będzie musiał ocenić spełnienie warunków biorąc pod uwagę uzupełnienie dokumentów, które nastąpi w wyniku wezwania odwołującego na podstawie wyżej przytoczonego art. 26 ust. 3 Pzp. Dlatego też skład orzekający Izby musi stwierdzić, że zamawiający przedwcześnie wykluczył odwołującego na podstawie art. **24 ust.**

2 pkt 4 Pzp i uznał ofertę odwołującego za odrzuconą na podstawie **art. 24 ust. 4 Pzp**. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 brzmi „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy [...] nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu”, a przepis art. 24 ust. 4 brzmi „Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”. Z tego powodu również w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia **art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 Pzp** przez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania i uznanie oferty odwołującego za odrzuconą – zasługuje na uwzględnienie, podobnie jak i pozostałe zarzuty.

Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, art. 24 ust. 4 Pzp art. 26 ust. 3 Pzp, art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....