

Sygn. akt: KIO 668/14

WYROK
z dnia 14 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2014 r. przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Sprzętu Ochronnego MASKPOL S.A., Konieczki, 42-140 Panki** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa**

przy udziale:

- 1) **wykonawcy Arlen S.A., ul. Sapieżyńska 10, 00-215 Warszawa,**
- 2) **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Summit S.A. (Lider Konsorcjum) oraz Konfeksjoner Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Armii Ludowej 10, 42-500 Chorzów,**

zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Przedsiębiorstwo Sprzętu Ochronnego MASKPOL S.A., Konieczki, 42-140 Panki** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Sprzętu Ochronnego MASKPOL S.A., Konieczki, 42-140 Panki** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo Sprzętu Ochronnego MASKPOL S.A., Konieczki, 42-140 Panki** na rzecz **Jednostki Wojskowej 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Jednostka Wojskowa 4226 w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2014 r. (mundur polowy tropikalny, ubrania ochronne)”. Zamawiający podzielił zamówienie na pięć części, dopuszczając możliwość składania ofert częściowych. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 31 stycznia 2014 r. pod nr 2014/S 022-034038.

W postępowaniu tym wykonawca Przedsiębiorstwo Sprzętu Ochronnego MASKPOL S.A. z siedzibą w Konieczkach (dalej: „Odwołujący”) w dniu 3 kwietnia 2014 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie dotyczy zadania nr 3 - „Ubranie ochronne (kurtka z ocieplaczem, spodnie) – 30 000 kpl (w tym 23 000 kpl to ilość gwarantowana; 7 000 kpl to ilość opcjonalna)” i zadania nr 4 - „Ubrania ochronne (kurta z ocieplaczem, spodnie – 25 000 kpl (w tym 19 000 kpl to ilość gwarantowana; 6 000 kpl. to ilość opcjonalna)”. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Informacja o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę odwołania została przekazana przez Zamawiającego Odwołującemu faksem w dniu 25 marca 2014 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał wykonawcom w dniu 3 kwietnia 2014 r. Do postępowania odwoławczego swoje zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli: w dniu 4 kwietnia 2014 r. wykonawca Arlen S.A. w Warszawie (dalej: „Przystępujący Arlen”) oraz w dniu 7 kwietnia 2014 r. (6 kwietnia 2014 r. – niedziela) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Summit S.A. (Lider Konsorcjum) oraz Konfeksjoner Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Chorzowie (dalej: „Przystępujący Konsorcjum Summit”). Kopie zgłoszeń przystąpień zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 14 kwietnia 2014 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący złożył odwołanie:

I. dla Zadania nr 4 - w zakresie:

- 1) odrzucenia oferty Odwołującego na wykonanie Zadania nr 4 z powołaniem się na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy przepis ten nie powinien znaleźć zastosowania w niniejszej sprawie,
- 2) zaniechania żądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, stosownie do treści art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp,
- 3) wyboru oferty złożonej na wykonanie Zadania nr 4 przez Przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta ta nie była najkorzystniejszą ofertą w rozumieniu przepisów ustawy Pzp.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, w której wskazany wyżej przepis nie powinien znaleźć zastosowania, a to z uwagi na fakt, że nie było merytorycznych rozbieżności pomiędzy treścią oferty a treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”),
- 2) art. 7 ust. 1 w związku z art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez brak żądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w sytuacji gdy Zamawiającego obciążał taki obowiązek, albowiem zamierzał on i finalnie odrzucił ofertę Odwołującego z powołaniem się na twierdzenie, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ,
- 3) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 56, art. 65 § 1 i art. 66 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (dalej: „k.c.”), poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny całości oferty Odwołującego, a w konsekwencji przyjęcie, że treść oferty złożonej przez Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ,
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 2 pkt 5) ustawy Pzp, poprzez uznanie, że oferta Odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. unieważnienia czynności Zamawiającego polegająca na wyborze oferty złożonej w postępowaniu na Zadanie nr 4 przez Przystępującego,
3. wykonania czynności polegającej na zażądaniu od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty,
4. wykonania czynności polegającej na ponownej ocenie ofert dla Zadania 4 z uwzględnieniem oferty Odwołującego, jak również z uwzględnieniem złożonych przez niego wyjaśnień.

Dodatkowo wniósł o obciążenie kosztami Zamawiającego, poprzez zasądzenie kwoty 18 600 zł, stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

II. dla Zadania nr 3 - w zakresie:

- 1) odrzucenia oferty Odwołującego złożonej na wykonanie Zadania nr 3 z powołaniem się na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy przepis ten nie powinien znaleźć zastosowania w niniejszej sprawie,
- 2) zaniechania żądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, stosownie do treści art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp,
- 3) wyboru oferty złożonej na wykonanie Zadania nr 3 przez Konsorcjum firm Summit S.A. oraz Konfeksjoner Sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta ta była dotknięta wadą formalną.

W tym zakresie czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, w której wskazany wyżej przepis nie powinien znaleźć zastosowania, a to z uwagi na fakt, że nie było merytorycznych rozbieżności pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ,
- 2) art. 7 ust. 1 w związku z art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez brak żądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w sytuacji gdy Zamawiającego obciążał taki obowiązek, albowiem zamierzał on i finalnie odrzucił ofertę Odwołującego z powołaniem się na twierdzenie, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ,
- 3) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 56, art. 65 § 1 i art. 66 k.c., poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny całości oferty Odwołującego, a w konsekwencji przyjęcie, że treść oferty złożonej przez Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ,

- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Summit, pomimo tego, że oferta ta obarczona była brakami formalnymi, które nie zostały przez Konsorcjum usunięte i, do usunięcia których Zamawiający nie wezwał Konsorcjum.

W tym zakresie Odwołujący wykazywał interes we wniesieniu odwołania, wskazując m.in. na wyrok KIO z 3 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 82/09, KIO/UZP 85/09, zgodnie z którym: „naruszenie interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia może polegać na tym, że wadliwe odrzucenie oferty odwołującego uniemożliwiło samo przez się dopuszczenie jego oferty do oceny. Nie ma przy tym znaczenia, że oferta tegoż odwołującego uzyskałaby pozycję uniemożliwiającą mu uzyskanie zamówienia”.

W uzasadnieniu swojego odwołania podkreślił, że złożył w postępowaniu swoją ofertę na wykonanie Zadania nr 3 i Zadania nr 4. Składając ofertę wpisał w polu „zadanie zostanie wykonane w terminie dni od daty zawarcia umowy” sformułowanie: „Zadanie wykonamy w terminie do dnia 31 października 2014 r.” Podkreślił, że w samej treści SIWZ (rozdział IV „Termin i miejsce wykonania zamówienia”), jak również we wzorze umowy (Załącznik nr 5A do SIWZ), a właściwie w „Planie dostaw przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2014 roku”, stanowiącym załącznik do projektu umowy, Zamawiający wskazał że zamówienie musi zostać zrealizowane nie później niż do dnia 31 października 2014 r. Powyższe według Odwołującego oznacza, że składając swoją ofertę, Odwołujący podał najdłuższy, bo przypadający w dniu 31 października 2014 r, (ale zgodny z treścią SIWZ) termin realizacji zamówienia.

Wskazał, że w trakcie posiedzenia komisji przetargowej, które odbyło się w dniu 13 marca 2014 r., Komisja stwierdziła, że odstępuje od oceny Odwołującego z uwagi na fakt, iż w formularzu oferty Odwołujący nie określił ilości dni od daty zawarcia umowy niezbędnych na wykonanie zamówienia, zaś termin realizacji stanowi jedno z kryterium oceny ofert i nie podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Co do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący podkreślił, że Zamawiający chcąc zastosować wskazany przepis, obowiązany był wykazać ponad wszelką wątpliwość (czego jednak nie uczynił), że treść złożonej przez Odwołującego oferty nie odpowiada treści SIWZ. Aby jednak możliwe było prawidłowe przesądzenie tej okoliczności, konieczne jest wcześniejsze ustalenie, co dokładnie rozumie się pod pojęciem treści oferty i pod pojęciem treści SIWZ, oraz w jaki sposób pojęcia te powinny być interpretowane (czy należy uwzględniać jedynie aspekt formalny obu dokumentów, czy też raczej badać ich merytoryczną zawartość). W tym zakresie przywołał orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 7 października 2010 r., sygn. akt KIO/UZP/2075/10, wyrok z dnia 28 września 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1985/10, wyrok z dnia 24 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1678/10).

Wskazał, że treść SIWZ to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielnie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy. Treść oferty natomiast to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz Zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy musi być zgodne z opisanym w SIWZ przedmiotem zamówienia. Na tym tle podkreślił, że oferta Odwołującego była i jest w pełni zgodna z treścią SIWZ, gdyż odnosi się do przedmiotu zamówienia oraz określa termin wykonania zamówienia zgodny z maksymalnym wymaganym przez Zamawiającego terminem. Na potwierdzenie swojego stanowiska powołał się na szereg orzeczeń KIO odnoszących się do tych kwestii (wyrok z dnia 24 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1678/10, wyrok z dnia 30 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 103/13, wyrok z dnia 30 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP/228/10, wyrok z dnia 4 marca 2011 r., sygn. akt KIO 350/11, wyrok z dnia 20 grudnia 2011 r., sygn. KIO 2614/11, wyrok z dnia 23 lutego 2011 r. KIO 297/11, wyrok z dnia 16 lipca 2012 r., sygn. akt KIO1359/12, wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 101/11, wyrok z dnia 29 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1735/13, wyrok z dnia 24 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1678/10).

W ocenie Odwołującego Zamawiający oceniając treść złożonej przed niego oferty, obowiązany więc był zbadać, czy wykonawca zaoferował żądane i opisane przez Zamawiającego w SIWZ świadczenie i czy zobowiązał się do jego dostarczenia w zakreślonym przez SIWZ terminie (tj. do dnia 31.10.2014 r). Niezgodność treści oferty (jeżeli wystąpiła, z czym jednak w odniesieniu do niniejszego przypadku Odwołujący się nie zgadza) winna dotyczyć bowiem oferowanego przez wykonawcę świadczenia w odniesieniu do określonego w treści SIWZ. Zamawiający zaś, zdaniem Odwołującego, nie wykazał jednak żadnej takiej rozbieżności, ani nawet na nią nie wskazał. Podkreślił, że porównując wymagania Zamawiającego określone w SIWZ, w szczególności dotyczące rodzaju towaru, którego zamówienie dotyczy, a także terminu jego realizacji z treścią zobowiązania Odwołującego opisanego w złożonej i następnie odrzuconej przez Zamawiającego ofercie, stwierdzić należy, że pomiędzy oboma tymi dokumentami nie ma najmniejszych nawet rozbieżności merytorycznych, a co za tym idzie, oferta Odwołującego w aspekcie merytorycznym odpowiada wymogom SIWZ.

Według Odwołującego istotnym uchybieniem, którego dopuścił się Zamawiający był także brak jakiegokolwiek badania merytorycznego oferty złożonej przez Odwołującego. W tych okolicznościach, zdaniem Odwołującego, zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp było *de facto* niemożliwe, gdyż nie było możliwe stwierdzenie przez Zamawiającego

jakiegokolwiek niezgodności merytorycznej między zobowiązaniem Zamawiającego zawartym w SIWZ oraz zobowiązaniem zaoferowanym w ofercie Odwołującego - skoro w ogóle nie przystąpił on do oceny (weryfikacji) oferty.

Co do naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez brak żądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty Odwołujący podkreślił, że komisja przetargowa odstąpiła od oceny oferty z uwagi na fakt, iż Odwołujący nie określił ilości dni od daty zawarcia umowy niezbędnych na wykonanie zamówienia, a ww. parametr nie powoduje jednak jakiegokolwiek niezgodności między świadczeniem Odwołującego, a oczekiwaniem merytorycznym Zamawiającego, gdyż wskazany w ofercie termin wykonania umowy był zgodny (pokrywał się) z końcowym terminem wykonania umowy, wskazanym w SIWZ. Podkreślił, że użyty przez Odwołującego sposób określenia terminu realizacji dostaw (polegający na podaniu daty dziennej, z nastaniem której umowa najpóźniej zostanie zrealizowana) w żadnej mierze nie może przesądzać o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ (w aspekcie merytorycznym), a co najwyżej mógł on budzić wątpliwości Zamawiającego co do ilości punktów, które powinny zostać przyznane Odwołującemu w trakcie oceny ofert. W tym zakresie według Odwołującego Zamawiający powinien zastosować procedurę opisaną w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień – w toku badania i oceny ofert - dotyczących treści złożonych ofert. Dopiero po analizie złożonych wyjaśnień, Zamawiający mógł podjąć decyzję o przyjęciu lub odrzuceniu oferty. Wskazał, że ilość dni na wykonanie zamówienia nie została określona przez Odwołującego poprzez określenie liczby dni od daty zawarcia umowy, lecz przez wskazanie końcowego terminu realizacji umowy - 31.10.2014 r. (zgodnego z SIWZ). Zamawiający zaś określając w ten sposób termin wykonania zobowiązania - z wyznaczeniem daty maksymalnej realizacji zamówienia, musiał liczyć się z tym, że termin określony w ofertach może zostać oznaczony dwojako, tj.:

- przez określenie liczby dni licząc od daty zawarcia umowy, gdyby termin ten był wcześniejszy niż termin maksymalny wskazany przez Zamawiającego,
- bądź przez wskazanie daty najpóźniejszej, ale bez określenia liczby dni, gdyż było to niemożliwe bez określenia przez Zamawiającego w SIWZ daty zawarcia umowy.

Według Odwołującego Zamawiający zapomina, że oprócz trybu określonego w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp (tj. trybu poprawiania oczywistych omyłek) w ustawie Pzp przewidziana została również możliwość żądania od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, o której mowa w art. 87 ust. 1 zd. pierwsze ustawy Pzp. Mając na uwadze sposób określenia terminu wykonania zamówienia wskazany w SIWZ, według Odwołującego Zamawiający powinien był powziąć wątpliwość, czy faktycznie przyjęty przez Odwołującego sposób określenia terminu wykonania zamówienia można uznać za nieprawidłowy. Co jest

istotne, Zamawiający nie skorzystał jednak z przewidzianego ustawą Pzp trybu pozwalającego na dokonanie wyboru oferty w sposób niewadliwy, a co za tym idzie nie wywiązał się ze wszystkich swoich obowiązków służących rzetelnemu przeprowadzeniu postępowania, co w konsekwencji doprowadziło do nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego.

Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO (wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 556/12, wyrok z dnia 25 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1222/12, wyrok z dnia 9 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 148/11, wyrok z dnia 16 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1359/12, wyrok z dnia 30 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 103/13, wyrok z dnia 15 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 19/13, wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2776/12, wyrok KIO z dnia 4 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 111/12) i stanowisko doktryny.

Co do naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 56, art. 65 § 1 i art. 66 k.c. Odwołujący po raz kolejny podkreślił, że Zamawiający nie przeprowadził rzetelnego badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego i nieprawidłowo przyjął, że Odwołujący w formularzu oferty nie określił ilości dni od daty zawarcia umowy niezbędnych na wykonanie umowy. Odwołujący podkreślił, że przyjęty przez niego termin realizacji umowy i wskazanie, że zadanie zostanie wykonane w terminie do dnia 31 października 2014 r. wynikało z dążenia Odwołującego do zapewnienia sobie najdłuższego, przewidzianego w SIWZ, terminu realizacji umowy. Podniósł, że Zamawiający wprowadził w SIWZ formalnie podwójne określenie terminu na realizację umowy: raz wskazując na nieprzekraczalny termin końcowy (określony na dzień 31.10.2014 r.), a raz (na potrzeby oceny ofert) jako termin określony przez samych wykonawców, liczony od daty zawarcia umowy (nie dłuższy jednak niż ww. data końcowa - 31.10.2014 r.); przy czym w SIWZ Zamawiający nie określił daty zawarcia umowy, a zatem nie wskazał terminu początkowego, od którego należałoby liczyć ilość dni w tym drugim przypadku. Wskazał, że w przypadku wykonawcy takiego jak Odwołujący, którego intencją nie było jakiegokolwiek skrócenie terminu realizacji umowy - w obu wypadkach termin realizacji umowy był tożsamy i upływał w dniu 31.10.2014 r. Według niego określenie liczby dni przy przyjęciu daty najpóźniejszej byłoby bez wiedzy o konkretnej dacie zawarcia umowy całkowicie nieracjonalne i obarczone ryzykiem przekroczenia maksymalnego terminu wskazanego w SIWZ, a atutem Odwołującego była i pozostaje cena za wykonanie zamówienia.

Odwołujący wskazał na sposób ustalenia liczby dni do oceny oferty Odwołującego w kryterium termin realizacji. Podkreślił, że skoro intencją Odwołującego nie było dążenie do skrócenia terminu realizacji umowy należało przyjąć, że Odwołujący wskazał na maksymalny możliwy okres na wykonanie zamówienia, który można wyliczyć biorąc pod uwagę termin

końcowy wskazany w ofercie Odwołującego i zgodny z SIWZ oraz terminy wynikające z ustawy. Podniósł, iż skoro termin otwarcia ofert przypadał w dniu 12 marca 2014 r. (po zmianie SIWZ), to czynność otwarcia ofert oraz czynność wyboru najkorzystniejszej oferty mogła zostać (formalnie) dokonana jeszcze w tym samym dniu (czego ustawa Pzp nie zabrania). Zgodnie zaś z art. 94 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, co według Odwołującego oznacza, że przy założeniu, iż Zamawiający w dniu otwarcia ofert dokonałby również wyboru oferty najkorzystniejszej i powiadomiłby o tym fakcie wszystkich wykonawców, umowa mogłaby zostać zawarta najwcześniej w dniu 23 marca 2014 r. Między ww. datą 23 marca 2014 r. a datą końcową 31 października 2014 r. występuje okres 222 dni - maksymalny możliwy, przy uwzględnieniu najbardziej pozytywnego dla Zamawiającego zbiegu okoliczności. Taki też okres w dniach (a zatem najmniej korzystny dla Odwołującego), jego zdaniem winien być przyjęty na potrzeby oceny ofert. Wskazał, że w takiej sytuacji Przystępujący otrzymałby za ww. kryterium 10 punktów (190 dni), zaś Odwołujący - 8,56 punktów (190/222 x 10 punktów). Podkreślił, że nie mógł jednak wskazać w ofercie ww. (najdłuższego możliwego) okresu realizacji umowy, gdyż w przypadku, gdyby do wyboru oferty nie doszło w dniu ich otwarcia (w szczególności w sytuacji, gdy Zamawiający musiał przeprowadzić w toku badania ofert postępowania wyjaśniające i uzupełniające) albo w przypadku, gdyby (tak jak obecnie) złożone zostało odwołanie do KIO, tak wskazany okres okazałby się dłuższy niż pozostały okres między rzeczywistą datą podpisania umowy, a końcową datą wykonania umowy, a co czyniłoby taki zapis niewykonalnym i - potencjalnie - sprzecznym z SIWZ. Wskazał, że w sytuacji, w której Zamawiający wezwałby Odwołującego do złożenia wyjaśnień, zaś Odwołujący przedstawiłaby wyjaśnienia o treści jak wyżej, możliwe było dokonanie oceny ofert zgodnie z kryteriami określonymi w SIWZ, zaś wyjaśnienia te według niego mieszczą się w granicach merytorycznej treści oferty (nie wykraczają bowiem ani przed datę złożenia oferty, ani też za dzień 31.10.2014 r.). Odwołujący też przyjął optymalny dla innych wykonawców (a najmniej korzystny dla Odwołującego) sposób liczenia okresu wykonania umowy (a to z uwagi na fakt, że poczynione zostało założenie, że umowa zostanie zawarta w najwcześniejszym, dopuszczonym prawem, terminie). Wskazywał na konieczność wyjaśnień treści jego oferty i w tym zakresie powołał się na orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 18 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1631/13, wyrok z dnia 23 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1633/13, wyrok z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1709/13, wyrok z dnia 13 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP/992/09).

Odnosząc się do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 2 pkt 5) ustawy Pzp podkreślił, że Zamawiający w sposób wadliwy uznał, że oferta Odwołującego nie

jest ofertą najkorzystniejszą, przez co naruszył wskazane wyżej przepisy. Wskazał, że gdyby Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień i przyjąłby na ich podstawie, że z oferty wykonawcy wynika, że ilość dni wskazanych przez Odwołującego wynosi (maksymalne możliwe) 222, to wówczas w ramach Zadania nr 3:

- oferta Przystępującego winna uzyskać 94,19 pkt (84,19 pkt za cenę i 10 pkt za termin realizacji), zaś
- oferta Odwołującego winna uzyskać 98,56 pkt (90 pkt za cenę i 8,56 pkt za termin realizacji).

W świetle powyższego według Odwołującego to jego powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Powołał się na orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1709/13).

Co do naruszenia Zamawiającego w zakresie Zadania nr 3 Odwołujący podtrzymał zarzuty dotyczące bezpodstawnego odrzucenia jego oferty. Dodatkowo podniósł, że w tym Zadaniu dokonano wyboru oferty Konsorcjum Summit S.A. - co najmniej przedwcześnie. Oferta ta – jego zdaniem - jest dotknięta wadą formalną. Wskazał, że zgodnie z treścią załącznika nr 3 do SIWZ, w przypadku składania oferty przez Konsorcjum - oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ustawy Pzp) składa Lider za całe Konsorcjum, zaś oświadczenie o nie występowaniu przesłanek wykluczenia składa każdy z członków Konsorcjum. Ze złożonej przez konsorcjum oferty wynika, że oświadczenie stanowiące załącznik nr 3 do SIWZ złożył tylko jeden członek konsorcjum - Konfeksjoner Sp. z o.o., a oświadczenie takie powinno zostać złożone również przez Summit S.A. (lidera konsorcjum), przy czym spółka ta powinna oświadczyć, że Konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz, że nie zaistniały przesłanki do wykluczenia spółki z postępowania. Podkreślił, że brak złożenia powyższego oświadczenia jest brakiem usuwalnym, a co za tym idzie Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp obowiązany był wezwać Summit S.A. do złożenia tego oświadczenia, a nie wybierać jako najkorzystniejszą ofertę tego Konsorcjum. Zamawiający tym samym według Odwołującego naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślił też, że ewentualne odrzucenie ww. oferty Konsorcjum Summit S.A. z Zadania 3 mogłoby istotnie zmienić rozkład punktów przyznanych wykonawcom w ramach nn. Zadania z uwzględnieniem także oferty złożonej przez Odwołującego.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający, przedkładając do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania. W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc także o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Przystępujący złożył do akt sprawy swoje zgłoszenie przystąpienia, popierając stanowisko Zamawiającego. Złożył też do akt sprawy pisemne stanowisko w sprawie (pismo z dnia 8 kwietnia 2014 r.), wnosząc o oddalenie odwołania. Swoje stanowisko podtrzymał w toku rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestników postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania w całości.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Zaskarżone czynności Zamawiającego, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego, w sposób bezpośredni pozbawiały uzyskana przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego. Tym samym Odwołujący wykazał swój uszczerbek (szkodę) w interesie, co stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła też skuteczność zgłoszeń obydwu przystąpień do postępowania odwoławczego zgłoszonych po stronie Zamawiającego, uznając, że w tym względzie zostały wypełnione wszystkie wymogi formalne wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i opublikował ogłoszenie o zamówieniu w dniu 31 stycznia 2014 r. Zamawiający, podzielił przedmiotowe postępowanie na pięć zadań, dopuszczając możliwość składania ofert częściowych.

Zgodnie z wymogami SIWZ Zamawiający w rozdziale IV określił termin wykonania zamówienia, wskazując, że wymaga, aby zamówienie zostało wykonane od dnia podpisania umowy w terminie wynikającym z oferty najkorzystniejszej, nie później niż do dnia 31 października 2014 r. Jednocześnie też w rozdziale XIII określił kryteria oceny ofert, wskazując na cenę – 90% i termin realizacji – 10%. W tym zakresie także przyjął, że za termin realizacji Zamawiający przyjmuje ilość dni potrzebnych na realizację zamówienia. Zamawiający określił też wzór matematyczny, przy pomocy którego miał dokonywać oceny ofert w ramach wskazanego kryterium poprzez ocenę terminu najkrótszego do terminu w ofercie badanej razy 10. W załączniku nr 2 do SIWZ Zamawiający określił wzór formularza ofertowego dla niniejszego zamówienia, gdzie przyjął - w odniesieniu do każdego odrębnie określonego zadania - konieczność podania przez wykonawców terminu realizacji ze wskazaniem treści: „*zadanie wykonamy w terminie dni od daty zawarcia umowy*”.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału VI pkt 1 ppkt 1.1 SIWZ Zamawiający zażądał złożenia oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 ustawy Pzp) oraz o braku podstaw do wykluczenia (art. 24 ust. 1 ustawy Pzp), określając wzór tego oświadczenia w załączniku nr 3 do SIWZ. Wzór ten zakładał złożenie obydwu oświadczeń na jednym druku (stronie) z jednym miejscem na podpis. W uwadze zawartej na dole strony na wskazanym formularzu Zamawiający zaznaczył, że w przypadku składania oferty przez Konsorcjum – oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1) składa Lider (za całe Konsorcjum), zaś oświadczenie o nie występowaniu przesłanek do wykluczenia, składa każdy z członków Konsorcjum.

Do upływu terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu w zakresie zadania nr 3 i 4 do Zamawiającego wpłynęły trzy oferty: Odwołującego Przystępującego Arlen oraz Przystępującego Konsorcjum Summit.

W ofercie Odwołującego dla obydwu zadań w zakresie wskazania terminu realizacji zamówienia Odwołujący na formularzu ofertowym złożył oświadczenie: „*zadanie wykonamy w terminie do 31 października 2014 r.*”

W ofercie Przystępującego Konsorcjum Summit na str. 5 tej oferty zostało złożone oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 ustawy Pzp) oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania (art. 24 ust. 1 ustawy Pzp) złożone na wzorze stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ i podpisane przez Pana B..... W.....,

działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 11 marca 2014 r. udzielonego przez firmę Summit S.A. do reprezentacji tej firmy w tym postępowaniu w związku ze wspólnym ubieganiem się o zamówienie Summit S.A. i Konfeksjoner Sp. z o.o., które zostało załączone do oferty (str. 3 oferty). Jednocześnie też do oferty załączone zostało (str. 4 oferty) pełnomocnictwo udzielone przez członka konsorcjum firmę Konfeksjoner Sp. z o.o. dla Summit S.A., ustanawiające tę firmę w trybie art. 23 ust. 2 ustawy Pzp pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Do oferty Przystępującego Konsorcjum Summit na str. 6 załączone zostało oświadczenie złożone na wzorze załącznika nr 3 do SIWZ, które zostało złożone przez firmę Konfeksjoner Sp. z o.o.

Zamawiający po dokonaniu badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu w dniu 25 marca 2014 r. poinformował Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty Przystępującego Arlen w części 4 zamówienia oraz oferty Przystępującego Konsorcjum Summit w zakresie zadania nr 3. Jednocześnie też poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując, że wykonawca ten składając ofertę w formularzu oferty usunął zapis przygotowany przez Zamawiającego odnośnie konieczności określenia ilości dni w zakresie wskazania terminu wykonania zamówienia publicznego i wpisał termin: „do dnia 31 października 2014 r.” Zamawiający podkreślił, że oświadczenie woli wykonawcy co do okresu oferowanego terminu realizacji zamówienia jako jednego z kryteriów oceny ofert podlegało punktacji i ocenie ofert zatem powyższe miało istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający podkreślił, że nie uznał wskazania konkretnej daty jako innej omyłki pisarskiej polegającej na niezgodności ofert z SIWZ i nie dokonał jakiegokolwiek zmiany tym zakresie, wskazując, że zmiana ta miałaby bardzo istotny wpływ na treść oferty i decydowałaby o pozycji wykonawcy w rankingu ofert po dokonaniu przez Zamawiającego oceny ofert, a więc decydowałaby o możliwości uzyskania przez Odwołującego zamówienia.

Wskazana czynność odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego w zakresie zadań nr 3 i 4, jak i zaniechanie Zamawiającego wykluczenia z postępowania Przystępującego Konsorcjum Summit z powodu nie przedłożenia właściwego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (odpowiednio podpisanego) zostały zaskarżone przez Odwołującego w ramach rozpoznawanego aktualnie przez Izbę odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, co następuje.

Odnosząc się do zarzutów odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania w zakresie zadania nr 3 i 4 z powodu niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią

SWIZ oraz zaniechania w tym względzie żądania wyjaśnień treści oferty Odwołującego przez Zamawiającego, Izba uznała, że zarzuty nie potwierdziły się.

Zdaniem Izby Odwołujący, składając w treści swojej oferty oświadczenie w kwestii terminu realizacji przedmiotu zamówienia odmienne od oczekiwanego przez Zamawiającego w SIWZ, doprowadził swoją ofertę do merytorycznej niezgodności z treścią SIWZ. Zamawiający bowiem w sposób wyraźny – tak poprzez opis kryteriów oceny ofert, jak i kształt formularza ofertowego – wskazał, że oczekuje od wykonawców określenia terminu realizacji przedmiotu zamówienia w dniach (ich ilości), liczonych do dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie określając co prawda konkretnego, pewnego momentu (konkretnej daty), w którym nastąpi zawarcie umowy, Zamawiający jednocześnie też określił dla wykonawców maksymalny termin realizacji zamówienia i wskazał tu datę: 31 października 2014 r. Niewątpliwie dla Izby było jednak, że Zamawiający w sposób czytelny i adekwatny do opisu kryterium oceny ofert, jakim był termin realizacji zamówienia, oczekiwał złożenia przez wykonawców oświadczenia woli w przedmiocie ilości dni, którą każdy z wykonawców przewiduje na realizację przedmiotu zamówienia. Brak określenia w ofercie wykonawcy takiej ilości dni uniemożliwił Zamawiającemu przyznanie Odwołującemu konkretnej ilości punktów w ramach kryterium oceny ofert – termin realizacji zamówienia, a zatem uniemożliwił mu w efekcie ocenę oferty Odwołującego w tym kryterium. Zamawiający w SIWZ nie wprowadził żadnych zastrzeżeń, które pozwalałyby mu na przyznanie w tym zakresie wykonawcy np. zerowej ilości punktów. Istotne zatem było, aby z treści oferty można było odczytać oświadczenie woli wykonawcy o konkretnej ilości dni, a nie o konkretnej dacie końcowej wykonania zamówienia, która i tak wynikała z SIWZ. Takiego oświadczenia woli z treści oferty Odwołującego – zdaniem Izby – wprost odczytać, jak też wywieść w trybie art. 65 § 2 KC w związku z art. 14 ustawy Pzp, nie można. Gdyby z postanowień SIWZ albo też z treści oferty Odwołującego dało się wywieść datę pewną podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego można byłoby dokonać obliczenia konkretnej ilości dni przyjętej przez Odwołującego jako termin wykonania zamówienia. Taka data nie została ani określona przez Zamawiającego, ani też przyjęta przez wykonawcę w treści swojej oferty, stąd też niemożliwym było dokonanie w tym zakresie ustalenie treści oświadczenia woli wykonawcy. Takie oświadczenie, pomimo wymogów zawartych w tym zakresie przez Zamawiającego w SIWZ, nie zostało przez Odwołującego złożone. Tym samym zatem doszło w tym przypadku do niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Nieuprawnionym w ocenie Izby jest wywodzenie przez Odwołującego, iż Zamawiający powinien był przyjąć maksymalny możliwy termin realizacji zamówienia określony w dniach jaki rzekomo przyjął Odwołujący składając ofertę w postępowaniu. Swój

wywód o przyjęciu przez niego 222 dni jako terminu realizacji przedmiotu zamówienia Odwołujący opiera na założeniu najbardziej pozytywnego dla Zamawiającego zbiegu okoliczności, a mianowicie przyjęciu, że czynność oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej jest dokonywana w dniu otwarcia ofert, a zawarcie umowy następuje nie później niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. W ocenie Izby przyjmowanie tego rodzaju założeń dla ustalenia treści oświadczenia woli wykonawcy w zakresie tak istotnego elementu treści oferty, jakim jest ustalenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia, które stanowi również podstawę kwalifikacji wykonawców w ramach kryteriów oceny ofert, jest niedopuszczalne. Oświadczenie woli wykonawcy, szczególnie tak istotne, powinno być złożone wyraźnie, albo tak, aby było możliwe do ustalenia w naturalny sposób, w oparciu o treść oferty wykonawcy. Takiej treści oświadczenia woli Odwołującego co do konkretnej ilości dni na realizację zamówienia w oparciu o treść oferty Odwołującego, bez naruszenia zasady równego traktowania w wykonawców postępowaniu i uczciwej konkurencji, zdaniem Izby, ustalić się nie da. Okoliczności faktyczne, na które wskazuje Odwołujący dla przyjmowanego przez siebie założenia w konkretnym postępowaniu o zamówienie publiczne, mogą być różne i nie są pewne. Powyższe ma odniesienie tak do przyjętego przez Odwołującego założenia, że ocena ofert i wybór oferty najkorzystniejszej następuje w dniu otwarcia ofert, co jest nieuprawnione, choćby dlatego, że nie jest to typowe, standardowe zachowanie Zamawiającego w postępowaniu, jak i do założenia, że Zamawiający będzie mógł podpisać umowę w terminie 10 dni od wyboru oferty najkorzystniejszej, bowiem mógłby to być termin 15 dni przy przesłaniu informacji o wyborze oferty inną drogą niż faksowa czy elektroniczna. Założenia Odwołującego wskazywane w odwołaniu nie są pewne. Podstawy do ich ustalenia - jako jedynych i ostatecznych oraz niepozwalających na inne ustalenia - nie można wskazać ani w przepisach ustawy Pzp, ani w treści oferty Odwołującego. Tymczasem zaś treść oświadczenia woli wykonawcy w przedmiocie terminu wykonania zamówienia powinna być pewna, a nie zależna od różnego rodzaju okoliczności, które w momencie składania oferty przez wykonawcę stanowić mogą jedynie niczym nie poparte przypuszczenia wykonawcy.

Izba nie może również zgodzić się z wywodami Odwołującego co do braku niegodności treści jego oferty z treścią SIWZ we wskazanym zakresie. Niewątpliwie przywołane powyżej wymogi SIWZ co do terminu realizacji zamówienia mają charakter wymogów merytorycznych a nie formalnych. Określenie konkretnego (w dniach terminu realizacji zamówienia jest w sposób nieodłączny związane z przedmiotem świadczenia wykonawcy. Tym samym złożenie przez Odwołującego oferty, która tych wymogów nie spełnia stanowi o jej sprzeczności z treścią SIWZ i jest podstawą do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby powyższe również nie podlegało wyjaśnieniu przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazany przepis ustawy Pzp pozwala Zamawiającemu na wyjaśnienie treści oferty wykonawcy, jeżeli poweźmie w tym zakresie jakiegokolwiek wątpliwości. W przedmiotowej sprawie zaś Odwołujący nie składając w swojej ofercie oświadczenia co do ilości dni koniecznych na relację przedmiotu umowy nie dawał Zamawiającemu podstaw do podjęcia procedury wyjaśnień treści jest to oferty. Procedura wyjaśnień bowiem nie może prowadzić do zmiany treści oferty, ani do złożenia nowego oświadczenia woli wykonawcy, które nie było wyrażone w treści oferty, co także należy kwalifikować jako niedopuszczalną zmianę oferty. W tym przypadku natomiast, gdyby Zamawiający skorzystał z art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp w efekcie właśnie doprowadziłby do zmiany treści oferty Odwołującego. Konieczne byłoby bowiem złożenie przez tego wykonawcę nowego oświadczenia woli, niewyrażonego pierwotnie w ofercie, odnośnie terminu realizacji zamówienia, w sposób określony w wymagach SIWZ – tj. w konkretnej ilości dni.

W toku rozprawy Odwołujący prezentował również argumentację wskazującą na możliwość poprawienia jego oferty przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, z czym Izba również nie może się zgodzić.

Po pierwsze w tym aspekcie należy podkreślić, że stanowisko Odwołującego jest wewnętrznie sprzeczne. Jeśli bowiem wskazuje on, że w jego ofercie nie doszło do żadnej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, to tym samym nie ma zastosowania przywołany przepis pozwalający na poprawienie takiej – merytorycznej niezgodności oferty wykonawcy z treścią SIWZ. Po drugie jednak Izba, stwierdzając tę niezgodność zobowiązana była również rozważyć, czy procedura wskazana w tym przepisie nie ma w tym przypadku zastosowania. Dokonując analizy stanu faktycznego sprawy Izba stwierdziła, iż w tym przypadku także niemożliwym byłoby poprawienie oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp co do wymaganego terminu realizacji zamówienia. Niewątpliwie bowiem mamy w tym przypadku do czynienia – ja ustalono powyżej – z niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ. Poprawienie tej niezgodności wymagałoby jednak konieczności złożenia przez Odwołującego nowego oświadczenia woli po upływie terminu składania ofert co do terminu realizacji zamówienia – zgodnie z wymogami SIWZ – w dniach. Powyższe prowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty Odwołującego, bowiem nowe, złożone przez niego oświadczenie, w żaden sposób niemożliwe do ustalenia w oparciu o samą treść oferty, stałoby się podstawą przyznania wykonawcy konkretnej ilości punktów pozwalających na określoną kwalifikację wykonawcy w rankingu złożonych ofert. Termin realizacji zamówienia stanowił bowiem jedno z kryteriów oceny ofert.

Izba nie stwierdziła również naruszenia formalnego po stronie Zamawiającego wykazywanego przez Odwołującego w odwołaniu, a mianowicie, iż Zamawiający w sposób nieuzasadniony odstąpił od oceny oferty Odwołującego. Powyższe było wynikiem braku złożenia w ofercie Odwołującego oświadczenia o ilości dni koniecznych według wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, co stanowiło podstawę przyznania wykonawcom określonej ilości punktów w tym kryterium. Skoro Odwołujący nie dochował w tym względzie określonych wymogów SIWZ Zamawiający odrzucił jego ofertę jako sprzeczną z SIWZ i nie przeprowadził w tym zakresie oceny tej oferty pod kątem kryteriów oceny ofert, co jest rzeczą naturalną i stanowi konsekwencję odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania Przystępującego Konsorcjum Summit w zakresie zadania nr 3, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Ocena oferty złożonej przez Przystępującego Konsorcjum Summit wskazuje na to, że obydwie wymagane przez Zamawiającego w SIWZ oświadczenia – oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 ustawy Pzp) i oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania (art. 24 ust. 2 ustawy Pzp) zostały przez wskazanego wykonawcę złożone, zgodnie z wymaganiami SIWZ. Oświadczenia te – tak jak tego oczekiwał Zamawiający zostały złożone na wzorze (załącznik nr 3) przygotowanym przez Zamawiającego, który zakładał możliwość złożenia dwóch wymaganych oświadczeń na jednym formularzu. Zgodnie też z wymogami tego załącznika w przypadku oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oświadczenie zostało złożone przez lidera konsorcjum - podpisał się pod nim pełnomocnik Lidera Konsorcjum, przywołując w treści oświadczenia stosownie pełnomocnictwo (str. 5 oferty). Oświadczenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania zostało zaś złożone przez każdego z wykonawców wspólnie biegających się o zamówienie – zarówno przez Summit S.A. występujące także jako lider konsorcjum (str. 5 oferty), jak i przez Konfeksjoner Sp. z o.o. (str. 6 oferty). Tym samym wskazany zarzut nie znalazł potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym.

W konsekwencji też Izba uznała, że pozostałe zarzuty dotyczące wyboru ofert najkorzystniejszych w obydwu zadaniach objętych zaskarżeniem (zadania nr 3 i 4) również nie potwierdziły się.

Z tych też względów Izba stwierdziła, iż nie potwierdziło się naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz - stosownie do § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocników Zamawiającego w kwocie 3 600 zł, wynikające z rachunku przedłożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący: