

Sygn. akt: KIO 27/13

WYROK
z dnia 23 stycznia 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2013 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2013 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie 4pi Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Niekańskiej 27 lok.5, 03-924 Warszawa (pełnomocnik) oraz SMT Software S.A. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Centrum Rozwoju Zasobów Ludzkich z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 65/79, 00-697 Warszawa

przy udziale wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Lektykarskiej 29, 01-687 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Nakazuje Zamawiającemu dokonanie poprawy wszystkich omyłek w Formularzu oferty – specyfikacja cenowa w części B: Usługi rozliczane za godziny pracy

ekspertów w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie 4pi Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Niekańskiej 27 lok.5, 03-924 Warszawa (pełnomocnik) oraz SMT Software S.A. z siedzibą we Wrocławiu.

Nakazuje Zamawiającemu wezwanie wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Lektykarskiej 29, 01-687 Warszawa do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczących zdolności finansowej i ekonomicznej w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej

Nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie 4pi Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Niekańskiej 27 lok.5, 03-924 Warszawa (pełnomocnik) oraz SMT Software S.A. z siedzibą we Wrocławiu oraz wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Lektykarskiej 29, 01-687 Warszawa i dokonanie wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

2. Kosztami postępowania obciąża uczestnika postępowania odwoławczego Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Lektykarskiej 29, 01-687 Warszawa i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie 4pi Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Niekańskiej 27 lok.5, 03-924 Warszawa (pełnomocnik) oraz SMT Software S.A. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od uczestnika postępowania odwoławczego Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Lektykarskiej 29, 01-687 Warszawa na rzecz wykonawcy wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie 4pi Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Niekańskiej 27 lok.5, 03-924 Warszawa (pełnomocnik) oraz SMT Software S.A. z siedzibą we Wrocławiu kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sto sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego.

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 Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Centrum Rozwoju Zasobów Ludzkich z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 65/79, 00-697 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *wsparcie wdrożeń narzędzi i infrastruktury projektu 1.12 oraz stała asysta techniczna, w tym wykonanie studium formalno - prawnego związanego z rozwojem SI PSZ* opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 26 września 2012 roku pod numerem 2012/S 185-304603.

28 grudnia 2012 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując, o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego jako niezgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ). Zamawiający poinformował, że oferta Odwołującego nie uwzględniała zmiany treści specyfikacji cenowej znajdującej się w formularzu oferty, dokonanej przez Zamawiającego 21 listopada 2012 roku, wskutek czego, Odwołujący nie podał cen jednostkowych za świadczone usługi tylko ilość godzin pracy niezbędnej do realizacji zadania. Zamawiający wskazał również, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z postępowania bowiem odwołujący nie zaoferował wykonania usługi w żądanym przez Zamawiającego zakresie.

7 stycznia 2013 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegającej na ocenie ofert i odrzuceniu oferty Odwołującego, nie wykluczeniu wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z postępowania o udzielenie zamówienia oraz w konsekwencji wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy: art. 7 ust. 1, ust. 3; art. 24 ust 2 pkt 4) w zw. z art. 22 ust 1 pkt 4, oraz § 1 ust 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy

oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, a także art. 26 ust 3; art. 87 ust. 2 pkt 1, pkt 2, pkt 3; art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 ustawy oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie wyboru oferty Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. jako najkorzystniejszej oraz unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) wykluczenie Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., ze względu na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 3.1.1 ust. 1 pkt 2 lit b SIWZ tj posiadania ubezpieczenia w wymaganej wysokości;
- 3) dokonanie poprawy omyłek w ofercie Odwołującego zgodnie ze wskazaną w odwołaniu metodą, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy;
- 4) dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 5) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Interes prawny Odwołującego wyraża się w tym, że jego oferta jest najtańsza w niniejszym postępowaniu i stanowi mniej niż 40% ceny drugiego wykonawcy, co oznacza, iż uzyskałby niniejsze zamówienie, gdyby Zamawiający nie dokonał niezgodnej z przepisami czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania i wyboru oferty konkurencyjnej. Oznacza to, że Odwołujący, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, może ponieść szkodę nie uzyskując zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadnił stanowisko:

Odwołujący wskazał, że w piśmie z 28 grudnia 2012 roku tj. informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający poinformował go o odrzuceniu jego oferty jako niezgodnej z SIWZ. W uzasadnieniu faktycznym podniósł, że oferta Odwołującego nie uwzględniała zmiany treści specyfikacji cenowej znajdującej się w formularzu oferty, dokonanej przez Zamawiającego w 21 listopada 2012 roku, wskutek czego, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie podał cen jednostkowych za świadczone usługi tylko ilość godzin pracy niezbędnej do realizacji zadania. Zamawiający zarzucił także, że oferta Odwołującego zawierała zobowiązanie do wykonania mniejszej niż wymagana w SIWZ liczby godzin świadczonych usług.

Odwołujący argumentował, że podał ceny jednostkowe brutto za godzinę świadczenia usług, zaś jedynie opis kolumny „E” specyfikacji cenowej nie został zmieniony w ślad za zmianą

SIWZ. W zakresie wiersza o Lp. 1 części B specyfikacji cenowej, argumentował, że podane tam pięć cen jednostkowych (kolejno: 50, 20, 120, 150, 50 złotych za godzinę świadczenia usług) to ceny podane omyłkowo, które Zamawiający ma obowiązek poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jako inne omyłki nie powodujące istotnej zmiany treści oferty. Tym samym wykaże bezpodstawność zarzutu dotyczącego podania w kolumnie „E” mniejszej od wymaganych ilości godzin świadczenia usług wymienionych w poszczególnych pozycjach części B specyfikacji cenowej, ponieważ w kolumnie tej Odwołujący w ogóle nie podawał ilości godzin, a właśnie wymagane ceny jednostkowe za godzinę świadczenia usług. Odwołujący wskazał, że zakres zmiany SIWZ dotyczącej części B specyfikacji cenowej (element formularza oferty) wprowadzonej 21 listopada 2012 roku na stronie 21 pliku „zmiana_SIWZ.pdf” zamieszczonego na stronie internetowej Zamawiającego, przekazano nowy wzór części B specyfikacji cenowej, w którym w kolumnie oznaczonej literą „E” postawiono wymóg podania przez wykonawców „cen jednostkowych brutto za godziną świadczenia usługi”, przy czym nadzwyczajnego podkreślenia wymaga fakt, że w przypisie dolnym do tego wymogu wskazano, że *oferowana przez wykonawcę cena brutto za godzinę świadczenia usługi dla danej funkcji wykonawczej musi być taka sama dla wszystkich zadań i podzadań określonych w części B formularza ofertowego*. Oznaczało to, że po zmianach Zamawiający nie wymagał tak jak wcześniej podania w kolumnie „E” *oferowanej liczby godzin pracy niezbędnej do realizacji zadania* tylko wskazania wynagrodzenia za godzinę świadczenia usług dla osób pełniących wskazane w tym formularzu funkcje wykonawcze, tj. odpowiednio: konsultanta zarządzającego, konsultanta, specjalisty ds. formalno prawnych, głównego architekta, asystenta, inżyniera, specjalisty ds. wsparcia w terenie, specjalisty ds. promocji. Przytoczony powyżej wymóg znajdujący się w przypisie nr 1 do tytułu kolumny „E” należy rozumieć w ten sposób, że Wykonawca podając ceny jednostkowe, musi w odniesieniu do osób pełniących tę samą funkcje wykonawczą w ramach dowolnego podzadania lub zadania (wiersze od 1 do 6 cz. B specyfikacji cenowej), podać zawsze tę samą stawkę. Oznacza to, że np. wynagrodzenie konsultanta zarządzającego podane dla zadania z rozdziału 5.1 SIWZ - „wsparcie na poziomie strategicznym” i dla zadania z rozdziału 5.2 SIWZ - „nadzór technologiczny, architektura testy”, a także dla zadania opisanego w rozdziale 5.3 i 5.4 musi być takie samo. Należy zauważyć, że wprowadzona zmiana SIWZ była konieczna z punktu widzenia zgodności z brzmieniem §3 ust. 3 wzoru umowy, który przewiduje rozliczenia za pracę ekspertów *na podstawie stawek jednostkowych określonych w ofercie wykonawcy (...) oraz odpowiednio liczby godzin pracy ekspertów (...) potwierdzone przez Zamawiającego w danym okresie rozliczeniowym*. Przygotowany pierwotnie wzór formularza ofertowego i cz. B specyfikacji cenowej uniemożliwił lub przynajmniej utrudniłby dokonywanie tych

rozliczeń, skoro w jego treści w ogóle nie przewidziano podawania przez Wykonawców cen jednostkowych, a jedynie całkowite wynagrodzenie za wykonanie zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu nieuwzględnienia w ofercie Odwołującego zmiany SIWZ i nie podania cen jednostkowych, Odwołujący podkreślał, że zarzut ten jest niezasadny, ponieważ w kolumnie „E” części B specyfikacji cenowej (dalej: „tabela cen”) wskazano kwoty stanowiące wynagrodzenie poszczególnych osób mających realizować zamówienie, jedynie w związku ze wspomnianą zmianą SIWZ omyłkowo w opisie tej kolumny pozostawiono tytuł: *oferowana liczba godzin pracy niezbędna do realizacji zamówienia*. Pozostała treść oferty nie pozostawia jednak wątpliwości, że Odwołujący podał w kolumnie „E”, zgodnie ze zmienioną SIWZ, ceny, a nie ilości godzin. W pierwszej kolejności potwierdza to fakt, że dokonane w wierszach od 2 do 6 działania matematyczne w kolumnach „D”, „E” oraz ostatniej kolumnie tabeli cen są prawidłowe, zaś wynikiem tego działania jest *„oferowana wartość PLN”*, zgodnie z wymogiem ostatniej kolumny tabeli cen po zmianie. Skoro w ostatniej kolumnie tabeli cen zarówno przed zmianą jak i po zmianie należało wyliczyć iloczyn wartości podanych w kolumnach „D” oraz „E”, a ich wynikiem miała być cena podana w złotych, to nie ulega wątpliwości, że jednym ze składników działania polegającego na mnożeniu musiała być cena, inaczej bowiem iloczyn nie mógłby być ceną (np. w przypadku mnożenia godzin z kolumny „D” przez godziny z kolumny „E”). Niedopuszczalne jest, aby Zamawiający domniemywał tak daleką idącą niechęć Odwołującego do złożenia prawidłowej oferty, że *a priori* przyjął, iż Odwołujący, któremu przecież przekazano zmianę SIWZ, specjalnie w kolumnach „D” i „E” liczbę godzin, a następnie przemnożywszy je przez siebie według wymogów ostatniej kolumny, podał cenę brutto w złotych. Biorąc pod uwagę prawidłowość dokonanych działań matematycznych oraz fakt, że Zamawiający dokonał zmiany specyfikacji cen na 7 dni przed upływem terminu składania ofert (co mogło utrudnić złożenie oferty), w oczywisty sposób należało przyjąć, iż doszło do popełnienia omyłki polegającej na skorzystaniu ze wzoru tabeli cen sprzed zmiany SIWZ. Warto zauważyć, że zarówno orzecznictwo, jak i doktryna wskazują, że Zamawiający powinien domniemywać, że Wykonawcy skoro biorą udział w postępowaniu, to chcą złożyć ofertę zgodną z SIWZ. Przyjmowanie z góry założenia odmiennego, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie jest niedopuszczalne i uchybia m.in. obowiązkowi ustanowionemu w art. 87 ust. 2 ustawy, tj. dokonania obligatoryjnej poprawy omyłek, jeżeli spełnione zostały przesłanki wymienione w pkt 1, 2 lub 3 tego przepisu. Kolejnym argumentem przemawiającym za tym, że wartości podane przez Odwołującego w kolumnie „E” tabeli cen, to ceny jednostkowe brutto za godzinę świadczenia usługi, jest zastosowanie się Odwołującego do przytoczonego powyżej wymogu opisanego w przypisie nr 1 do tytułu tej kolumny. Podane w kolumnie „E” ceny jednostkowe są takie same dla osób

pełniących odpowiednie funkcje wykonawcze w każdym zadaniu, oprócz cen podanych w wierszu nr 1 tej tabeli. I tak: cena wskazana dla konsultanta zarządzającego wynosi w wierszach nr: 2, 4 oraz 5 zawsze 200 zł za godzinę, cena wskazana dla specjalisty ds. formalno - prawnych wynosi w wierszach nr: 2, 4 zawsze 160 zł za godzinę, cena wskazana dla asystenta wynosi w wierszach nr: 2, 3, 4 oraz 5 zawsze 50 zł za godzinę, cena wskazana dla głównego architekta wynosi w wierszu nr 3 - 180 zł za godzinę, cena wskazana dla inżyniera wynosi w wierszach nr: 3 (dwukrotnie) oraz 5 zawsze 150 zł za godzinę, cena wskazana dla testera wynosi w wierszu nr 3 - 140 zł za godzinę, cena wskazana dla specjalisty ds. wsparcia wynosi wierszu nr 5 - 140 zł za godzinę, cena wskazana dla specjalisty ds. promocji wynosi wierszu nr 6 - 140 zł. W wierszach od 2 do 6 wszystkie dokonane na podstawie tych cen wyliczenia są prawidłowe, a iloczyn liczby godzin (narzuconej przez Zamawiającego) i podanych cen jednostkowych daje wynik wskazany w ofercie Odwołującego w ostatniej kolumnie tabeli cen. Wynika z tego jednoznacznie, że intencją Odwołującego było podanie w kolumnie „E” cen, a nie ilości godzin. Jest to tym bardziej oczywiste, że po zmianie SIWZ z 21 listopada 2012 roku, tabela cen w ogóle nie przewidywała możliwości podawania przez wykonawców minimalnej liczby godzin. Liczba ta została twardo ustalona w kolumnie „D” i nie mogła być zmieniana. Gdyby Odwołujący w tej kolumnie zmienił liczbę godzin, to wtedy mielibyśmy do czynienia z niezgodnością z SIWZ. Taka sytuacja nie zaszła. Z powyższego jednoznacznie wynika, że wartości podane przez Odwołującego w kolumnie „E” tabeli cen to wymagane zgodnie ze zmianą SIWZ ceny jednostkowe brutto za godzinę świadczenia usługi, ponieważ zachowana została zasada zastosowania takich samych cen dla takich samych funkcji wykonawczych, a działania matematyczne dokonane w wierszach nr od 2 do 6 tej tabeli są prawidłowe; wymagane przez Zamawiającego liczby godzin przemnożone przez wartości z kolumny „E” dają prawidłową wartość ceny brutto wymaganej zarówno przed i po zmianie SIWZ w ostatniej kolumnie tabeli. Skoro Odwołujący podał prawidłowo ceny w ostatniej kolumnie (czego Zamawiający nie kwestionuje), to oczywistym jest, że składową działania matematycznego musiała być oprócz ilości godzin cena jednostkowa za godzinę, a nie jak twierdzi Zamawiający „oferowana ilość godzin pracy niezbędna do realizacji zadania”. Fakt wskazania w kolumnie „E” cen jednostkowych, a nie ilości godzin potwierdza również zastosowanie się do przytoczonego na wstępie wymogu wskazanego w przypisie nr 1 do tabeli cen (taka sama cena dla takich samych funkcji wykonawczych), który dotyczy tylko cen jednostkowych, a nie ilości godzin. Jedynie w zakresie wiersza nr 1 doszło do wpisania błędnych kwot w kolumnie „E”, jednak ta omyłka nie wpływa na aktualność powyższej argumentacji i będzie podlegać poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

W kontekście powyższego traci zasadność zarzut Zamawiającego, że Odwołujący podał

niezgodne z SIWZ ilości godzin w kolumnie „E”. Skoro po zmianie SIWZ w ogóle nie wymagała podawania w cz. B specyfikacji cenowej ilości godzin, a powyższa argumentacja jednoznacznie potwierdza, że Odwołujący podał w kolumnie „E” ceny jednostkowe, to Zamawiający nie miał podstaw stawiać podobnego zarzutu. Działanie takie stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, który obliguje Zamawiającego do poprawy innych omyłek, jeżeli nie powodują one istotnej zmiany treści oferty. Możliwość odrzucenia oferty, tak jak to miało miejsce w omawianym przypadku jest dopuszczalna dopiero po stwierdzeniu, że nie zachodzą przesłanki do poprawy omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy. W omawianym przypadku wykonanie zamówienie nie jest zagrożone - Odwołujący zamierza wykonać zamówienie w zakresie określonym w SIWZ za cenę wskazaną w formularzu oferty (lub cenę uzyskaną po dokonaniu poprawy omyłek) - a niezgodność oferty z SIWZ dotyczy nie samego przedmiotu zamówienia. Zamawiający w uzasadnieniu do odrzucenia nie wskazał, iż poprawa omyłek nie była możliwa. W kontekście wykazanej wyżej bezzasadności zarzutów Zamawiającego, należy sprawdzić czy zachodzą przesłanki do poprawy omyłek w ofercie Odwołującego. Konstrukcja przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie daje Zamawiającemu prawa do jego fakultatywnego stosowania. Brzmienie: „Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty” jednoznacznie potwierdza, że jeżeli w toku badania oferty Zamawiający znajdzie niezgodność z SIWZ, której poprawa nie zmieni w sposób istotny oświadczenia woli, jakim jest oferta, to jego obowiązkiem, a nie prawem jest taką omyłkę poprawić.

Oferta Odwołującego wypełnia wszystkie przesłanki obligujące Zamawiającego do poprawy oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W ofercie Odwołującego mamy do czynienia z dwoma odstępstwami od SIWZ, podlegającymi poprawie: w cz. B specyfikacji cenowej w tytule kolumny „E” zamiast podania: „*oferowana cena jednostkowa brutto za godzinę świadczenia usługi*” podano „*oferowana liczba godzin pracy niezbędna do realizacji zadania*”, która to treść była aktualna do momentu zmiany SIWZ w dniu 21 listopada 2012 roku oraz w wierszu nr 1 cz. B specyfikacji cenowej w kolumnie „E”, podano omyłkowe wartości cen jednostkowych brutto za godzinę świadczenia usług.

Pierwsza z powyższych omyłek spełnia wymienione w przywołanym wyżej wyroku KIO przesłanki zastosowania art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy. Pozostawienie w ofercie Odwołującego tytułu kolumny „E” sprzed zmiany SIWZ, powoduje *de facto* niezgodność z ostateczną obowiązującą wersją specyfikacji. Niezgodność ta ma jednak charakter omyłki, ponieważ jest niezamierzona; Odwołujący przygotowując ofertę na podstawie pierwotnie obowiązującego SIWZ, po jego zmianie nie zmienił tytułu kolumny w swojej ofercie. Sam fakt, że oferta zawiera wzór formularza ofertowego sprzed zmiany SIWZ a nie zapisy „wytworzone” przez

Odwołującego, wskazuje, że intencją Wykonawcy nie było złożenie oferty niezgodnej ze specyfikacją w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd, a rozbieżność wynika z przeoczenia. Warto w tym miejscu jeszcze raz podkreślić, że zmiana SIWZ w tym zakresie nastąpiła na 7 dni przed terminem składania ofert, co utrudniło prawidłowe przygotowanie oferty. Jednocześnie należy zaznaczyć, że przeoczenie to dotyczy tylko tytułu kolumny nie zaś podania w tej kolumnie odpowiednich cen. Zastosowanie się do obowiązku wskazania takich samych cen dla tych samych funkcji wykonawczych (który nie istniał przed zmianą SIWZ) jednoznacznie potwierdza, że wykonawca zauważył tę zmianę, a tym samym konieczność podania cen zamiast ilości godzin. W tym kontekście pozostawienie jedynie nieprawidłowej nazwy kolumny musi być uznane za omyłkę, czyli przeoczenie. Wreszcie należy zauważyć, że dokonanie takiej poprawy nie spowoduje istotnej zmiany oferty Odwołującego. Przedmiotem oferty jest bowiem podanie ceny oferty, w tym cen jednostkowych, po których możliwe będzie rozliczanie się stron na etapie umowy. Samo nazwanie kolumny, w której te ceny podano, nie jest tak istotne skoro ponad wszelką wątpliwość wykazane zostało, że podano w niej ceny a nie inne jednostki. Fakt dokonania oczywistego przeoczenia przez pozostawienie „starego” oznaczenie kolumny „E” również nie może budzić wątpliwości, a zatem poprawa omyłki jest obligatoryjna.

Druga ze wskazanych omyłek także spełnia przesłanki obligujące do jej poprawy. Jak już wskazano na wstępie wraz ze zmianą SIWZ narzucono wykonawcy obowiązek podania w tabeli cen w kolumnie „E” takich samych cen dla osób pełniących tę samą funkcję wykonawczą, a Odwołujący w wierszach od 2 do 6 tabeli cen zastosował się do tego wymogu. Odstępstwo od tej zasady znalazło się tylko w wierszu nr 1 tabeli cen. Spełniona jest zatem pierwsza przesłanka stosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, ponieważ mamy w wierszu nr 1 do czynienia z omyłką polegającą na niezgodności oferty z wymogiem SIWZ. Rozbieżność ta ma także charakter omyłki, a nie błędu, nie sposób bowiem uznać, że została ona wprowadzona do *oferty celowo*. Odwołujący nie miał interesu, w takim działaniu, bowiem wartości w ostatniej kolumnie (gdzie wyliczono iloczyn kolumn „D” oraz „E”) stanowią wynik prawidłowego działania matematycznego przy zastosowaniu w kolumnie „E” stawek, które są zgodne z wymogiem przytoczonym w przypisie nr 1 do tytułu kolumny „E”. Jedynie w przypadku wynagrodzenia „konsultanta” wynik (kwota 2800 zł.) jest podany omyłkowo bez jednego zera, ponieważ powinien wynosić 28000 zł. Tę rozbieżność należy traktować również jako omyłkę, ponieważ na pierwszy rzut oka widać, że polega na opuszczeniu jednego zera. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że Zamawiający poprawiając ofertę musi kierować się informacjami pochodzącymi z samej oferty, ale także opierać się o postanowienia SIWZ. Opisana wyżej reguła wskazywania cen jednostkowych stanowi

element opisu sposobu obliczenia ceny, a zatem Zamawiający poprawiając ofertę ma obowiązek się nią kierować w celu sanowania treści oferty. Fakt prawidłowego wyliczenia cen w ostatniej kolumnie (z wyjątkiem wiersza dotyczącego konsultanta) przy zastosowaniu reguły narzuconej przez samego Zamawiającego (te same stawki dla tych samych osób) nie tylko potwierdza zasadność uznania, że Odwołujący popełnił omyłkę, tj. działał w sposób niezamierzony, ale także wyznacza Zamawiającemu sposób dokonania poprawy tej omyłki. W odniesieniu do wynagrodzenia konsultanta, po ustaleniu, że należy przyjąć jako prawidłowe ceny jednostkowe wskazane w ofercie dla wierszy od 2 do 6 tabeli cen, w sposób oczywisty należy tę zasadę zastosować także dla tej pozycji, a fakt, że wyliczony w ten sposób iloczyn (28000 zł) różni się tylko jednym zerem od wskazanej w ofercie wartości 2800 zł. utwierdza w przekonaniu, że przyjęta metoda jest słuszna, a zamiarem Odwołującego było złożenie oferty zgodnej z SIWZ. Powyższa wyliczenia potwierdzają także ostatnią z przesłanek zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustaw, a mianowicie nieistotności dokonanej zmiany, która powinna być badana w tym przypadku poprzez pryzmat wpływu poprawy na cenę oferty. Warto zauważyć, że w przypadku poprawy oferty w sposób przedstawiony powyżej, cena oferty zmieni się o kwotę wynikającą z różnicy pomiędzy nową kwotą wynagrodzenia konsultanta (28000 zł) a kwotą podaną w ofercie (2800 zł). Różnica ta wyniesie 25200 zł., a więc ok. 1% wartości oferty. Taka zmiana ceny nie jest zmianą istotną.

Z powyższego wynika, że obie rozbieżności między ofertą a brzmieniem SIWZ stanowią inne omyłki, które Zamawiający ma obowiązek poprawić, ponieważ nie zmieniają one oferty Odwołującego w sposób istotny i tym samym wypełniają dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Brak dokonania poprawy tej omyłki w ofercie Odwołującego, w świetle poprawy oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. dokonanej w dniu 18 grudnia 2012 r., stanowi nie tylko naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy ale także naruszenie zasady równego traktowania wykonawców tym samym art. 7 ust. 1 ustawy.

Zamawiający zaniechał także wykluczenia z postępowania Wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., mimo iż nie złożono wymaganego prawem a także postanowieniami SIWZ dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzone działalności związanej z przedmiotem zamówienia w kwocie co najmniej 5 mln zł (warunek zdefiniowany w pkt 3.1.1. ust 1 pkt 2 lit b SIWZ. Na potwierdzenie spełnienia

tego warunku w SIWZ zażądano (pkt 3.2.1 lit j) złożenia opłaconej polisy, lub innego dokumentu który zgodnie z § 1 ust 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów *w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* może potwierdzać spełnienie warunku. Wykonawca Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. wraz z ofertą złożył polisę, z której wynika że wysokość składki z tytułu objęcia ubezpieczeniem wynosi 90 tys. zł, a także potwierdzenie przelewu części składki w wysokości 22,5 tys zł z dnia 10 października 2012 r. Nie sposób uznać tych dokumentów za potwierdzenie faktu opłacenia polisy. Po pierwsze brak jest dowodu zapłaty dwóch składek, których termin płatności minął, zaś fakt ich opłacenia nie został wykazany. Po wtóre, nie opłacono (lub przynajmniej nie załączono dokumentu), z którego wynika opłacenie polisy w pozostałej części. Brzmienie przepisu nie pozostawia wątpliwości, że dokument, który należy złożyć wraz z ofertą to polisa opłacona. Za taką nie sposób uznać polisy opłaconej jedynie w części. Tym samym na dzień składania ofert nie wykazano spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jedynie uzupełnienie przez Wykonawcę Pentacomp dokumentów w taki sposób, które potwierdziłyby opłacenie na dzień składania ofert całej składki wynikającej z polisy, (tj w wysokości 90 tys zł) może potwierdzić, iż złożono dokument potwierdzający spełnienie warunku żądany przepisami prawa i specyfikacji. Odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu w taki sposób, by wynikał z niego fakt opłacenia w całości polisy nie później niż w dniu składania ofert.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, 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 7 stycznia 2013 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja.

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 a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający 18 stycznia 2013 roku złożył *Odpowiedź na odwołanie*, Zamawiający działając na podstawie art. 186 ust. 1 i 2 ustawy uwzględnił odwołanie w całości.

Uczestnik postępowania odwoławczego Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Lektykarskiej 29, 01-687 Warszawa w czasie posiedzenia z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 4 i 5 ustawy złożył sprzeciw.

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 zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy 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 oraz naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 1,2 i 3 ustawy – *Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe,*

z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 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 oraz art. 91 ust. 1 ustawy - Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia polegające na zaniechaniu przez Zamawiającego obowiązku poprawienia omyłek w treści oferty Odwołującego, co w sumie doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego Izba uznała za zasadny.

Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba wskazuje, iż ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednakże odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. 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 występuję niezgodność w zakresie opisu nazwy kolumny E oraz podane zostały w wierszu 1. *wartości dla oferowanych cen jednostkowych brutto (za godzinę świadczenia usług)*¹ gdzie w przypisie 1 Zamawiający wskazał: *Oferowana przez Wykonawcę cena brutto za godzinę świadczenia usługi dla danej funkcji wykonawczej musi być taka sama dla wszystkich zadań i podzadań określonych w części B formularza ofertowego.* w ocenie Izby została również dowiedziona przez Odwołującego zgodność oświadczenia woli złożonego przez Odwołującego z oczekiwaniami Zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

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 lub innych ukształtowanych przez Zamawiającego i zawartych 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. 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. 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 wskazał w odwołaniu na naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z uwagi na zaniechanie przez Zamawiającego dokonania poprawy omyłek w treści oferty Odwołującego. 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 specyfikacją 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 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 zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, tj. 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 i uczestnika postępowania odwoławczego złożone na rozprawie, które również mają w niniejszej sprawie istotne znaczenie oraz przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy Izba uznała, że Zamawiający powinien był dokonać poprawy omyłek. Zamawiający w pierwszej kolejności obowiązany był do poprawy nazwy kolumny E; odwołujący w złożonym załączniku dla kolumny E pozostawił dotychczasową nazwę kolumny, która obowiązywała do zmiany jaką wprowadził Zamawiający modyfikacją SIWZ z 21 listopada 2012 roku. Izba uznała, że zmiana nazwy kolumny E w ofercie Odwołującego oraz pozostałych (oznaczonych w ofercie Odwołującego jako D i G) jakie niewłaściwie zostały określone przez Odwołującego jest możliwa na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy W rozpoznawanej sprawie stanowi ta omyłka niewątpliwie inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści złożonej oferty. Izba uznała również, że w świetle obowiązujących postanowień SIWZ zawartych w formularzu oferty – specyfikacja cenowa a ściślej w przypisie 1 do nazwy kolumny E *Oferowana przez Wykonawcę cena brutto za godzinę świadczenia usługi dla danej funkcji wykonawczej musi być taka sama dla wszystkich zadań i podzadań określonych w części B formularza ofertowego* dokonania poprawy oferowanych cen jednostkowych dla wiersza 1. Zamawiający powinien dokonać na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W każdym kolejnym wierszu formularza dla tej samej funkcji wykonawczej oferowana jest taka sama kwota za godzinę świadczenia usługi, jedynie w wierszu pierwszym zostały podane inne wartości, które w zasadzie odpowiadają treści wskazanej w kolumnie D poza pozycją Konsultant, co wskazuje, że Odwołujący w tej kolumnie E podał ilość godzin świadczenia usługi dla danej funkcji. Zamawiający obowiązany został do poprawy wartości w kolumnie E przez zastosowanie oferowanej przez Odwołującego w pozostałych wierszach ceny jednostkowej brutto za godzinę świadczenia usług dla danej funkcji wykonawczej; odpowiednio: dla Konsultanta zarządzającego - 200, Konsultanta –

140, Specjalisty ds. formalno-prawnych – 160, Głównego architekta – 180, Asystenta – 50. W wyniku dokonania poprawy powyżej wskazanych omyłek uzyskane w kolumnie G wartości oferowanej ceny są właściwe z wyjątkiem pozycji Konsultanta, którą Zamawiający obowiązany jest poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy, bowiem kwota tam podana nie odpowiada iloczynowi liczby godzin i oferowanej ceny jednostkowej (jest 2800 a powinno być 28 000) przy czym suma kwot wskazanych w kolumnie G dla podzadania 5.1.2.2 (czyli wiersz 1) została podana z uwzględnieniem wartości prawidłowej dla pozycji Konsultant.

Izba wskazuje, odnosząc się do argumentacji Odwołującego niezastosowania wyjaśnień treści oferty przez Zamawiającego, 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 bezwzględny obowiązkowi wzywaniu 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). W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień w zakresie treści złożonej przez Odwołującego oferty. Jednocześnie należy zaznaczyć, że Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości. Niewątpliwie Odwołujący składając wyjaśnienie dokonałby analizy sytuacji jak uczynił to w odwołaniu co pozwoliłoby Zamawiającemu na dokonanie poprawy omyłek w zakresie dopuszczalnej korekty oferty według przesłanek enumeratywnie wskazanych w art. 87 ust.2 ustawy co 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) a co zostało potwierdzone w orzeczeniu Izby w rozpoznawanej sprawie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 ustawy Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców* oraz art. 7 ust. 3 ustawy – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu* oraz art. 26 ust. 3 ustawy – *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 zw. z art. 22 ust 1 pkt 4 – *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: (...) sytuacji ekonomicznej i finansowej* oraz § 1 ust 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - *W celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych, (...), których opis sposobu oceny spełnienia został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków*

zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust 2 ustawy zamawiający może żądać następujących dokumentów: (...)opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia – Izba uznała za zasadny w części dotyczącej niewzwania uczestnika postępowania odwoławczego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających opłacenie polisy w ratach, których zgodnie z treścią polisy termin płatności upłynął.

Zamawiający w SIWZ, w sposób jednoznaczny opisał, że wykonawcy muszą znajdować się w odpowiedniej sytuacji finansowej i ekonomicznej tj. posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w kwocie 5 mln złotych. Wymagania, które określa Zamawiający *wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ* (porównaj: Wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII GA 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą polisa ubezpieczenia OC lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia składana jest w postępowaniu w celu potwierdzenia sytuacji ekonomicznej i finansowej tego wykonawcy pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia. Posiadanie ubezpieczenia OC potwierdza zatem po pierwsze – zdolność bycia ubezpieczonym a po drugie – zdolność poniesienia określonych kosztów w celu uzyskania owego ubezpieczenia. Ubezpieczyciel dokonując oceny danego podmiotu co do możliwości jego ubezpieczenia podejmuje czynności mające na celu określenie ryzyka jakie ponosi ubezpieczający ubezpieczając dany podmiot, co między innymi stanowi o wysokości składki (składek) w zależności od sumy ubezpieczenia. Określona wysokość składki ubezpieczeniowej uzależniona jest zatem od czynników mających znaczenie dla ubezpieczyciela; nie jest podstawą jej ustalenia możliwość opłacania polisy (ponoszenia realnych kosztów ubezpieczenia) przez samego zainteresowanego chcącego ją pozyskać. Na kanwie zamówień publicznych ten sam dokument potwierdzający posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (polisa ubezpieczenia OC lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia) potwierdza inną zdolność tego samego podmiotu, a mianowicie zdolność ekonomiczną i finansową, która jest elementem kwalifikacji wykonawców w postępowaniu. W postępowaniu o udzielnie

zamówienia publicznego nie dokonuje się oceny zdolności uzyskania danego ubezpieczenia lecz podlega ocenie zdolność „udźwignięcia” przez wykonawcę ciężaru zakupionego ubezpieczenia tj. faktycznego poniesienia kwoty za jaką wykonawca owe ubezpieczenie o odpowiedniej sumie ubezpieczenia zakupił. Dla oceny spełnienia warunku posiadania określonej zdolności ekonomicznej i finansowej przez posiadanie ubezpieczenia OC nie bez znaczenia pozostaje fakt opłacania ubezpieczenia, co zostało jednoznacznie wyartykułowane w rozporządzeniu – § 1 pkt 1 ppkt 10. Ubezpieczenie może być opłacone jednorazowo lub w kilku, wcześniej ustalonych składkach (ratach), co powoduje, że istnieje swoista pewność opłacenia ubezpieczenia w oparciu o zawartą umowę; taki stan rzeczy potwierdzone zostało szeroko w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Tym samym, zarzut Odwołującego, co do konieczności żądania przedstawienia przez uczestnika postępowania w pełni opłaconej polisy OC (wszystkie składki) nie może zostać uwzględniony. Jednocześnie Izba uznała zarzut w części dotyczącej, konieczności uzupełnienia dokumentów potwierdzających opłacenie polisy w zakresie składek jakie w dniu składania ofert miały być już opłacone zgodnie z postanowieniami w punkcie 10 Warunki płatności Polisy nr 901006539949.

W trakcie rozprawy uczestnik postępowania odwoławczego podniósł, że w dniu 17 stycznia 2013 roku (czyli po złożeniu odwołania a przed jego rozpoznaniem) przekazał Zamawiającemu za pismem przewodnim dokument polisy wraz z potwierdzeniem opłaconych składek, których termin płatności określony w polisie upłynął.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy – 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. Z treści tego artykułu wynika bezwzględny obligatoryjny obowiązek Zamawiającego, który nakłada na niego ustawodawca i Zamawiający nie zostaje zwolniony z tego obowiązku nawet w przypadku, gdy wykonawcy w okresie pomiędzy składaniem ofert a wyborem najkorzystniejszej oferty samodzielnie przesyłają Zamawiającemu dokumenty lub

oświadczenia. Nie zwalnia również z tego obowiązku złożenia dokumentów przez wykonawcę po terminie wniesienia odwołania. Izba bada bowiem stan sprawy na dzień złożenia odwołania, a w tym dniu w ofercie uczestnika postępowania odwoławczego brak było dokumentów potwierdzających, że przedstawiona przez niego polisa była opłacona. Należy mieć na uwadze, że Izba dokonuje oceny dokonania czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, tym samym nie może dokonywać oceny dokumentów, które nie podlegały ocenie Zamawiającego a które to dokumenty wykonawca przesłał sam, bez jakiegokolwiek wezwania Zamawiającemu.

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 ciężące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Izba uznała, iż działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami i naruszało zasady zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. 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). Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

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 i § 5 ust. 2 pkt. 1 i § 6 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)

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: