

**Sygn. akt: KIO/UZP 1026 /09**

**WYROK**  
**z dnia 20 sierpnia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Członkowie: Luiza Łamejko**  
**Izabela Kuciak**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum Przedsiębiorstwo "UNIPRO-BUD" Spółka z o.o., Krzysztof Krawczyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane "WITKA" Krzysztof Krawczyk ul. Komeńskiego 26/8, 82-300 Elbląg** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu ul. Królewiecka 146, 82-300 Elbląg** protestu z dnia 3 lipca 2009 r.

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,  
przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum Przedsiębiorstwo "UNIPRO-BUD" Spółka z o.o., Krzysztof Krawczyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane "WITKA" Krzysztof Krawczyk ul. Komeńskiego 26/8, 82-300 Elbląg** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum Przedsiębiorstwo "UNIPRO-BUD" Spółka z o.o., Krzysztof Krawczyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane "WITKA" Krzysztof Krawczyk ul. Komeńskiego 26/8, 82-300 Elbląg**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum Przedsiębiorstwo "UNIPRO-BUD" Spółka z o.o., Krzysztof Krawczyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane "WITKA" Krzysztof Krawczyk ul. Komeńskiego 26/8, 82-300 Elbląg** na rzecz **Wojewódzkiego Szpitala Zespołonego w Elblągu ul. Królewiecka 146, 82-300 Elbląg** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 5 426 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum Przedsiębiorstwo "UNIPRO-BUD" Spółka z o.o., Krzysztof Krawczyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane "WITKA" Krzysztof Krawczyk ul. Komeńskiego 26/8, 82-300 Elbląg**.

## Uzasadnienie

Zamawiający Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. „Termomodernizacja zespołu budynków Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Elblągu przy ul. Królewieckiej 146”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 162726 w dniu 22 maja 2009 r.

W dniu 29 czerwca 2009 r. zamawiający przekazał wykonawcom, w tym odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę Kompleksowa Obsługa Budownictwa-Kujawski Sp. z o.o. w Elblągu oraz o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp oferty złożonej przez Konsorcjum: Przedsiębiorstwo "UNIPRO-BUD" Spółka z o.o. oraz Krzysztof Krawczyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane "WITKA" Krzysztof Krawczyk (zwane dalej Konsorcjum UNIPRO-BUD). Zamawiający uznał, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż złożony w ofercie dokument (załącznik nr 3 do siwz) pn. "Dyrektywny harmonogram rzeczowo-finansowy" nie zawiera wymaganych elementów przedmiaru przedmiotu zamówienia, oznaczonych jako pozycje: D ( w tym poz. 7, 8, 9 i 9.1), H, C i A.

Konsorcjum UNIPRO-BUD wniosło protest dotyczący: czynności: modyfikacji załącznika nr 3 z naruszeniem przepisu art. 38 ust. 4 Pzp, gdyż informacja o zmianie treści załącznika nie została przekazana niezwłocznie odwołującemu, czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez firmę Kompleksowa Obsługa Budownictwa-Kujawski Sp. z o.o. i wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił naruszenie art. 26 ust. 3 i ust. 4, art. 38 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp. Wniósł o powtórzenie czynności oceny ofert, w szczególności o: ustalenie, iż oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, o przekazanie odwołującemu zmodyfikowanej treści załącznika nr 3 do siwz i wyznaczenia dodatkowego terminu do jego złożenia, ewentualnie o wezwanie odwołującego do uzupełnienia oferty poprzez złożenie załącznika nr 3 odpowiadającego wymaganej przez zamawiającego treści, o dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, o odrzucenie oferty wykonawcy Kompleksowa Obsługa Budownictwa - Kujawski Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 2 Pzp, alternatywnie o unieważnienie postępowania z uwagi na okoliczność, iż odwołującemu nie została przekazana modyfikacja załącznika nr 3. W uzasadnieniu odwołujący podniósł:

1. zarzuty dotyczące odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego.

Na wniosek odwołującego, w oparciu o art. 42 ust. 2 Pzp zamawiający przekazał odwołującemu specyfikację istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z postanowieniami siwz oferta winna zawierać m.in. "dyrektywny harmonogram rzeczowo-finansowy" sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do siwz. Otrzymany od zamawiającego wraz ze specyfikacją załącznik nr 3 nie zawierał elementów wskazanych przez zamawiającego, stanowiących podstawę odrzucenia oferty. Zgodnie z treścią art. 38 ust 4 Pzp zamawiający modyfikując treść siwz (załącznika nr 3), winien był dokonać zmianę specyfikacji przekazać niezwłocznie wykonawcom, którym przekazał siwz, a więc odwołującemu. Zamawiający powyższego obowiązku nie dopełnił, w efekcie odwołujący nie wiedział o zmianie treści załącznika więc nie mógł sporządzić harmonogramu w sposób wymagany przez zamawiającego. Odwołujący wskazał na orzecznictwo KIO, w tym wyrok z dnia 28 listopada 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1294/08 i KIO/UZP 1295/08 oraz wyrok z dnia 29 sierpnia 2008 r. KIO/UZP 844/08. Odwołujący stwierdził, że sporządził ofertę zgodnie z przekazaną mu przez zamawiającego siwz. Podniósł, iż błędne sporządzenie załącznika przez zamawiającego nie może obciążać odwołującego. Konsekwencją zaniechania przez zamawiającego wykonania obowiązku przewidzianego w art. 38 ust. 4 Pzp jest brak możliwości odrzucenia oferty. Zdaniem odwołującego harmonogram rzeczowo-finansowy (załącznik nr 3) nie stanowi treści oferty w rozumieniu art. 66 §1 k.c., gdyż nie określa istotnych postanowień umowy lecz jego treść jest wypadkową pozostałych elementów oferty i może podlegać uzupełnieniu.

2. zarzuty wobec wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, której cena jest wyższa od ceny zaoferowanej przez odwołującego o 311.169,24 zł, w związku z czym dokonany wybór narusza przepis art. 91 ust.1 Pzp. Przywołał orzecznictwo KIO - wyrok z dnia 20.10.2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1077/08, wyrok z dnia 30.10.2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1113/08. Odwołujący zarzucił także, iż oferta złożona przez firmę Kompleksowa Obsługa Budownictwa-Kujawski Spółkę z o.o. zawiera niekompletny załącznik nr 3, który nie zawiera elementu D pozycja 9.1, podobnie jak oferta odwołującego. Ponadto wykonawca ten nie przedłożył wymaganych referencji na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego posiadanego doświadczenia, wobec czego oferta ww. wykonawcy powinna zostać odrzucona.

Zamawiający oddalił protest. Wyjaśnił, że na żadnym etapie postępowania nie modyfikował treści załącznika nr 3. Załącznik nr 3 Dyrektywny harmonogram rzeczowo-finansowy stanowi element oferty, nie jest dokumentem wymaganym na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i jako taki nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Jest to bardzo istotny dokument, na podstawie którego zamawiający będzie dokonywał rozliczenia inwestycji z podmiotem współfinansującym.

Ponadto, zamawiający uznał, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Kompleksowa Obsługa Budownictwa Kujawski Sp. z o.o. Zgodnie z wprowadzonymi w dniu 08.06.2009r. zmianami i uzupełnieniami do przedmiarów robót ww. wykonawca w załączniku nr 3 element D uwzględnił wprowadzone zmiany, poprzez dodanie pozycji 10, natomiast pozycja 9.1 „inne roboty towarzyszące termonodernizacji” została określona jako pozycja 10.1. Nie ma też podstaw do kwestionowania prawdziwości złożonych przez ww. wykonawcę dokumentów referencyjnych.

Konsorcjum "UNIPRO-BUD" wniosło odwołanie od oddalenia protestu. Odwołujący podtrzymał w odwołaniu zarzuty dotyczące czynności odrzucenia oferty odwołującego i nierównego traktowania wykonawców oraz wniósł o nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert, uznanie, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, a oferta złożona przez firmę Kompleksowa Obsługa Budownictwa - Kujawski Sp. z o.o. podlega odrzuceniu, alternatywnie - o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia z powodu nie przekazania odwołującemu modyfikacji załącznika nr 3 do siwz. W uzasadnieniu odwołujący powtórzył argumentację zawartą w proteście w zakresie podniesionych zarzutów oraz dodatkowo wskazał, że argumentacja, iż zamawiający nie modyfikował treści załącznika nr 3 nie odpowiada rzeczywistemu stanowi faktycznemu. Zamawiający winien był podjąć czynności wyjaśniające wobec rozbieżności pomiędzy złożonym przez odwołującego harmonogramem i zmienioną specyfikacją w oparciu o art. 87 ust.1 Pzp, bądź też wezwać odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia załącznika. Odwołujący podniósł również, że załącznik nr 3 złożony przez wykonawcę Kompleksowa Obsługa Budownictwa-Kujawski Spółkę z o.o. nie zawiera elementu D pozycja 9.1, a mimo to został uznany przez zamawiającego za prawidłowy, co stanowi o nierównym traktowaniu wykonawców w postępowaniu.

**Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną spośród trzech złożonych ofert, a zatem biorąc pod uwagę jedyne kryterium oceny ofert ustalone w przedmiotowym

postępowaniu - cena 100% Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się, iż zamawiający naruszył wskazane przepisy ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego. Odwołujący utraciłby w ten sposób możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający w pkt 3.1 siwz opisał przedmiot zamówienia, poprzez wskazanie, w formie tabeli, poszczególnych elementów robót budowlanych z podziałem na „bloki”. Dokładnie w tym samym układzie zamawiający opracował „formularz cenowy” oraz „dyrektywny harmonogram rzeczowo-finansowy”, które wykonawcy mieli obowiązek złożyć w ofercie. W pkt 3.2 siwz zamawiający wymienił także dokumenty, w których został opisany przedmiot zamówienia, w tym projekt budowlany, ekspertyzy, ogólne warunki techniczne wykonania i odbioru robót, przedmiary.

Stosownie do treści pkt 10.5 lit e siwz „dyrektywny harmonogram rzeczowo-finansowy” powinien być sporządzony zgodnie ze wzorem opracowanym przez zamawiającego jako załącznik nr 3 do siwz. Zamawiający zamieścił przy tym uwagę, iż:

- w harmonogramie należy podać wartość przerobu dla elementów składowych (oznaczonych liczbami) jak i elementów głównych przedmiotu zamówienia (oznaczonych literami),
- wartości przerobu dla elementów składowych przedmiotu zamówienia należy wpisywać w polach oznaczonych kolorem zielonym (požadany okres realizacji),
- wartości przerobu dla elementów głównych przedmiotu zamówienia należy wpisywać w polach oznaczonych kolorem żółtym (požadany okres realizacji),
- wartość przerobu łącznego w okresie pierwszych 6. miesięcy realizacji robót nie może przekroczyć kwoty 1.300.000,00 PLN netto.

W toku rozprawy zamawiający wyjaśnił, że we wzorze harmonogramu zostały oznaczone kolorem zielonym i żółtym pola, odpowiadające poszczególnym miesiącom w 18 - miesięcznym okresie realizacji zamówienia, które wykonawcy powinni wypełnić poprzez podanie w nich wartości przerobu (wykonania) elementów składowych robót, elementów głównych oraz przerobu łącznego, z zastrzeżeniem, że wartość przerobu łącznego w okresie pierwszych 6 miesięcy realizacji robót nie może przekroczyć kwoty 1 300 000,00 PLN netto. Wszystkie pozycje harmonogramu podlegały następnie zsumowaniu. Powyższe oznacza, że czas i terminy realizacji poszczególnych elementów robót zostały określone przez zamawiającego i nie mogły być indywidualnie wskazywane przez wykonawców. Obowiązkiem wykonawców było natomiast rozpisanie w tych terminach wartości wykonanych robót w rozbiu na poszczególne miesiące.

Strony potwierdziły na rozprawie, że odwołujący złożył do zamawiającego wniosek o wydanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W odpowiedzi na ten wniosek w dniu 4 czerwca 2009 r. zamawiający przekazał odwołującemu dokumentację przetargową dotyczącą przedmiotowego postępowania, co odwołujący potwierdził złożonym podpisem.

W dniu 8 czerwca 2009 r. zamawiający przesłał odwołującemu wyjaśnienia treści siwz, w tym zmiany i uzupełnienia przedmiarów robót dokonane w odpowiedzi na pytania wykonawców. W toku rozprawy odwołujący potwierdził fakt otrzymania powyższych zmian przedmiarów dotyczących przedmiotu zamówienia oraz wskazał, że dokonane zmiany w przedmiarach nie pociągnęły za sobą dokonania przez zamawiającego zmian w załączniku nr 3 zawierającym wzór harmonogramu.

Odwołujący złożył ofertę, w której zawarł harmonogram rzeczowo-finansowy nie zawierający pozycji: D ( w zakresie poz. 7, 8, 9 i 9.1), H, C i A tj. łącznie 37 elementów robót wskazanych we wzorze harmonogramu (załącznik nr 3). W toku rozprawy odwołujący wyjaśnił, że w złożonym harmonogramie nie podsumował wartości pozycji „razem”, ponieważ harmonogram nie zawierał wszystkich pozycji, a zatem suma podanych w harmonogramie wartości składowych nie odpowiadałaby wartości „razem” wynikającej z formularza cenowego ani też cenie za wykonanie przedmiotu zamówienia podanej w formularzu ofertowym. Odwołujący potwierdził również, że wartości elementów robót zawarte w formularzu cenowym (załącznik nr 2 do siwz) powinny odpowiadać dokładnie wartości wskazanej w odpowiednich pozycjach harmonogramu.

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje.

Złożone przez obie strony w toku rozprawy wyjaśnienia potwierdzają, iż zamawiający nie dokonywał w toku postępowania modyfikacji treści załącznika nr 3 do siwz, w szczególności w zakresie pozycji, których brak stanowił podstawę odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią siwz. Z uwagi na powyższe, nie można podzielić zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 38 ust. 4 Pzp. Fakt ten został ustalony w sposób niebudzący wątpliwości. Niezgodność treści złożonego harmonogramu z wymaganiami siwz powstała zatem nie na skutek modyfikacji formularza przez zamawiającego, ale w wyniku pominięcia jednej z trzech stron formularza. W toku postępowania zamawiający nie wykazał faktu przekazania odwołującemu kompletu dokumentacji przetargowej. Odwołujący również nie udowodnił, że brak jednej strony w harmonogramie wynikał z przekazania przez zamawiającego niekompletnego załącznika. Niezależnie od powyższego Izba ustaliła, na podstawie wyjaśnień odwołującego, iż „odwołujący nie sumował kwot podanych w harmonogramie, ponieważ biorąc pod uwagę jego niekompletność, suma nie zgadzałaby się z kwotą podaną w formularzu cenowym

i w ofercie”, że odwołujący przygotowując ofertę zdawał sobie sprawę z braku części formularza, mimo to nie wystąpił do zamawiającego o wyjaśnienie tej kwestii, nie skorzystał z możliwości pozyskania formularza ze strony internetowej zamawiającego, jak również nie dopisał samodzielnie brakujących pozycji, które z łatwością mógł ustalić na podstawie tabeli zamieszczonej w pkt 3.1 siwz opisującej przedmiot zamówienia lub formularza cenowego (załącznik nr 2 do siwz). W toku rozprawy odwołujący przyznał, że pozycje te są dokładnie takie same i wręcz należało przenieść wartości z poszczególnych pozycji formularza cenowego do takich samych pozycji harmonogramu, z tym, że w rozbiciu na miesiące realizacji. W związku z powyższym Izba uznała, że odwołujący nie dochował należytej staranności w zakresie przygotowania oferty, która jest wymagana od podmiotu działającego w obrocie gospodarczym w sposób profesjonalny. Nie usprawiedliwia niezachowania należytej staranności również okoliczność, że odwołujący przygotowywał i złożył ofertę tuż przed upływem terminu składania ofert. Biorąc pod uwagę powyższe, brak jest podstaw do twierdzenia, że odwołujący poniósł konsekwencje popełnionego przez zamawiającego błędu w postaci odrzucenia złożonej oferty.

Odnosząc się do, podniesionego przez odwołującego, zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego, Izba uznała zarzut powyższy za niezasadny. Izba uznała przy tym, że braki w harmonogramie odwołującego nie mogą podlegać poprawieniu przez zamawiającego jako „inne omyłki” polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, stosownie do art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Jak to podkreślono w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych „Prawo Zamówień Publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.” pod red. J. Sadowego, Warszawa 2008, str. 117 i nast. „Ustawa dopuszcza również poprawianie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy). Poprawianie omyłek na podstawie cyt. przepisu dotyczy omyłek nie mających charakteru oczywistego oraz niekoniecznie odnosi się do ceny, a więc może dotyczyć również innych elementów złożonej oferty. (...) Na podstawie cyt. przepisu można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się



dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień."

W świetle treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia harmonogram rzeczowo-finansowy stanowi część oferty wykonawcy tj. oświadczenie wskazujące w sposób szczegółowy jakie wartości elementów robót, stanowiących łącznie przedmiot zamówienia, zostaną zrealizowane przez wykonawcę w określonych przez zamawiającego terminach i z zachowaniem wymogu maksymalnej wartości robót za okres pierwszych 6 miesięcy. W harmonogramie należało wpisać wartość netto dla każdej z kilkudziesięciu pozycji wraz z kwotą wynikającą z podsumowania wartości netto. Należało również podać dla każdej pozycji harmonogramu wartość produkcji budowlano-montażowej w podziale miesięcznym okresu realizacji. Jak słusznie podniósł zamawiający, oświadczenie wykonawcy w powyższym zakresie należy uznać za istotny element oferty, określający szczegółowy sposób rozliczenia z wykonawcą wartości wykonywanych robót (ceny). Wymagania w tym przedmiocie zostały określone przez zamawiającego w związku z udziałem podmiotu zewnętrznego w finansowaniu inwestycji. Nie złożenie przez odwołującego wymaganego oświadczenia w formie harmonogramu uwzględniającego cały przedmiot zamówienia – wszystkie elementy składowych robót, stanowi brak dotyczący treści oferty w stosunku do wymagań określonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym niezgodność treści oferty z treścią siwz. W ocenie Izby, przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp ma zastosowanie jeżeli niezgodność treści oferty z treścią siwz ma charakter omyłki, a jej poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Wskazane braki w ofercie odwołującego nie stanowią omyłki zważywszy, że odwołujący zdawał sobie sprawę, iż złożony w ofercie harmonogram nie jest kompletny. Jednocześnie zamawiający nie może dokonać samodzielnego ich poprawienia bez uzyskania od wykonawcy dodatkowych informacji. Izba ustaliła, że w żadnym innym miejscu oferty nie znajduje się oświadczenie odnoszące się do okoliczności, których wskazania wymagano w harmonogramie.

Wbrew twierdzeniu odwołującego, że braki w harmonogramie polegające na pominięciu omawianych pozycji dotyczących mogą podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp pogląd taki nie znajduje właściwego usprawiedliwienia. Wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp podlega treść oferty w przypadku, gdy budzi ona wątpliwości na tyle, że zamawiający nie może samodzielnie, bez uzyskania wyjaśnień ze strony wykonawcy rozstrzygnąć jaka jest treść oferty. W żadnym razie brak wymaganej treści nie podlega wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, ponieważ wyjaśnienie w tym przypadku polegać może jedynie na uzupełnieniu oświadczenia, co stanowiłoby wprowadzenie do oferty nowej treści.

W konsekwencji takie „wyjaśnienie” stanowiłoby niedozwoloną zmianę treści oferty w rozumieniu art. 87 ust.1 zdanie drugie.

Stwierdzić należy, że nietrafny jest również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp. Załącznik nr 3 „dyrektywny harmonogram rzeczowo – finansowy” nie stanowi oświadczenia lub dokumentu w rozumieniu art. 25 ust. 1 Pzp, który może podlegać uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp lub wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Harmonogram nie stanowi bowiem oświadczenia lub dokumentu składanego na potwierdzenie, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, ani też dokumentu, który potwierdza spełnienie wymagań zamawiającego dotyczących robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia. Przepis art. 26 Pzp reguluje szczególny tryb postępowania dotyczący wyłącznie oświadczeń i dokumentów, które zostały określone przez ustawodawcę w sposób jednoznaczny w treści tego przepisu. Brak jest zatem podstaw do rozszerzającej interpretacji przepisów art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Wobec powyższych ustaleń Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty droższej niż oferta odwołującego, gdyż potwierdziła się w toku postępowania przesłanka odrzucenia oferty odwołującego. W konsekwencji, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezachowanie przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art.191 ust.1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy stosownie do brzmienia § 4 ust. 1 pkt 2 lit. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Elblągu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....