

WYROK

z dnia 13 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Stanisław Sadowy
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o.

ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie

ul. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn

protestu z dnia 16 lipca 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego się oraz **ECM Group Polska Sp. z o.o.**

Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa – po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Olsztynie ul. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestora Zastępczego Sp. z o.o. ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 663 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt trzy złote zero groszy) przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie ul. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn na rzecz Zakładów Budownictwa Mostowego Inwestora Zastępczego Sp. z o.o. ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Zakładów Budownictwa Mostowego Inwestora Zastępczego Sp. z o.o. ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa.

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *usługi w zakresie zarządzania i nadzoru nad realizacją projektu „Budowa obwodnicy Gołdapi w ciągu drogi krajowej nr 65 Granica Państwa – Gołdap – Elk, Białystok – Bobrowniki – Granica Państwa od km 2+290 km do km 7+900 – GDDKiA –O/OL-R2-R1N-2814-10/08*, którego dotyczy złożone

odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dz. U. WE 22 kwietnia 2008 r. pod numerem 2008/S 78-105865. Wartość postępowania została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 10.341.930 zł, tj. 2.667.439,59 euro, w tym zamówienia uzupełniające.

Termin składania ofert upłynął 18 czerwca 2008 r. Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta Przystępującego, Odwołujący otrzymał 10 lipca 2008 r. Oferta Odwołującego zajęła drugie miejsce w rankingu ofert.

Na powyższą czynność 16 lipca 2008 r. Odwołujący wniósł protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 1 pkt 4, art. 22 ust. 2 pkt 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i żądając:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. dokonania ponownej oceny ofert,
3. wykluczenia Przystępującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą bądź odrzucenia tej oferty,
4. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej – oferty Odwołującego.

Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przedstawił następującą argumentację.

I Zgodnie z punktem 6.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy musieli wykazać, iż osoba przewidziana na stanowisko Inżyniera Rezydenta posiada następujące doświadczenie zawodowe:

1. co najmniej 3-letnie doświadczenie na stanowiskach kierowniczych w bezpośrednim zarządzaniu lub nadzorowaniu realizacji inwestycji drogowo – mostowych, przy czym co najmniej jeden kontrakt, zakończony i rozliczony (doprowadzony do wystawienia Świadectwa Przejęcia) przy udziale osoby wykazującej doświadczenie w tym punkcie, o wartości robót netto co najmniej 60 mln PLN,

2. co najmniej rok z powyższego doświadczenia dotyczyć musi projektów inwestycyjnych wg uznanych międzynarodowych standardów kontraktów budowlanych typu FIDIC, NEC/ECC – na stanowiskach Inżyniera, Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Inżyniera Rezydenta.

W załącznikach do oferty nr 3 i 3a Przystępujący wskazał pana Mariana S. podając jednocześnie jego okres zatrudnienia na stanowisku p.o. Inżyniera Projektu (Inspektora Nadzoru ds. Mostów) w firmie Scetaroute na kontrakcie FIDIC pn. *Przeprawa przez rzekę Wartę* od stycznia 2006 r. do lutego 2008 r. Zgodnie z posiadaną przez Odwołującego wiedzą pan S. pełnił tę funkcję jedynie od lutego do lipca 2007 r., czyli 6 miesięcy, przez pozostałą część tego okresu pełnił funkcję Inspektora Nadzoru ds. Mostów. Z informacji wymienionych w załączniku 3a nie wynika także, aby pan S. pełnił tę funkcję gdzie indziej. W związku z tym osoba ta nie spełnia ww. wymagań Zamawiającego.

W związku z tym, iż Przystępujący podał nieprawdziwe dane, które miały wpływ na wynik postępowania, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, powinien zostać wykluczony z postępowania. Wykonawca ten powinien być wykluczony również na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

II Zgodnie z punktem 17. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy zobowiązani byli do wniesienia wadium w wysokości 67.000 zł. Przystępujący do oferty dołączył gwarancję ubezpieczeniową, która zawiera warunek przekazania żądania zapłaty, pod rygorem nieważności, za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek beneficjenta gwarancji, który potwierdzi, że podpisy złożone na żądaniu wypłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu beneficjenta gwarancji.

Zdaniem Odwołującego ogranicza to swobodę wyboru osób upoważnionych do reprezentowania Zamawiającego i stanowi warunek, podczas gdy gwarancja miała być bezwarunkowa. Tym samym wadium zostało wniesione wadliwie, co należy utożsamiać z jego brakiem, co, zgodnie z art. 24 ust. 2

pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, powinno skutkować wykluczeniem Przystępującego.

W gwarancji tej znajduje się także postanowienie, iż jest ona ważna tylko w stosunku do pierwotnej oferty złożonej przez Przystępującego. Zdaniem Odwołującego gwarancja – przy takim zapisie – traci ważność w przypadku uzupełnienia dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, co miało miejsce w przypadku oferty Przystępującego. Dlatego od dnia uzupełnienia dokumentów oferta nie jest zabezpieczona wadium, a, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, Przystępujący powinien zostać wykluczony.

III Oferta Przystępującego powinna również zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z punktem 8.16. specyfikacji istotnych warunków zamówienia ofertę należało złożyć w oryginale i 3 kopiach. Tymczasem Przystępujący złożył ofertę tylko w jednym egzemplarzu.

Działanie Zamawiającego naruszyło więc przepisy art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wyrazem zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest jego związanie podanymi do wiadomości wykonawców informacjami istotnymi dla danego postępowania. Wybór oferty, która powinna zostać odrzucona oznacza, iż zamówienie będzie udzielone wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy.

23 lipca 2008 r. Zamawiający protest oddalił uznając, iż:

1. zarzut braku doświadczenia pana Mariana S. na stanowisku Inżyniera Rezydenta nie znajduje potwierdzenia w dokumentach złożonych przez Przystępującego ani nie został udokumentowany w proteście,
2. gwarancja ubezpieczeniowa została złożona w formie zgodnej z ustawą, a przekazanie żądania zapłaty w opisany sposób jest powszechnie stosowane przez banki i towarzystwa ubezpieczeniowe i nie utrudnia realizacji zobowiązań, natomiast zapis, iż gwarancja jest ważna tylko w stosunku do pierwotnej oferty nie dotyczy dokumentów złożonych wraz z ofertą, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lecz np.

przypadków powtarzania przetargu na ten sam przedmiot zamówienia i wielokrotnego składania ofert,

3. brak trzech kopii oferty stanowi odstępstwo od zaleceń punktu 8.16. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz nie ma wpływu na merytoryczną treść oferty.

Oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu ani Przystępujący wykluczeniu, Zamawiający zatem przeprowadził postępowanie zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Rozstrzygnięcie to zostało przekazane Odwołującemu tego samego dnia.

Wobec powyższego oddalenia protestu 28 lipca 2008 r. (wpływ do UZP 29 lipca 2008 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty wskazane w proteście i wnosząc o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. dokonania ponownej oceny ofert,
3. wykluczenia Przystępującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą bądź odrzucenia tej oferty,
4. dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Dodatkowo Odwołujący wraz z odwołaniem przedstawił kopię życiorysu pana S., z którego wynika, iż pan S. nie posiada wymaganego doświadczenia.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, że zapis, iż gwarancja jest ważna tylko w stosunku do pierwotnej oferty nie dotyczy dokumentów złożonych wraz z ofertą, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ponieważ ww. dokumenty stanowią załączniki do oferty, a zatem są jej integralną częścią. Tym samym dołączenie ich do oferty oznacza modyfikację jej treści.

Odwołujący uznał też za błędne stanowisko zamawiającego dotyczące kopii oferty, ponieważ niezrozumiałe jest sformułowanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia takiego wymogu, skoro niezłożenie wymaganych kopii nie stanowi przeszkody do udziału w postępowaniu.

4 sierpnia 2008 r. do postępowania odwoławczego przystąpiła, po stronie Zamawiającego, ECM Group Polska Sp. z o.o.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu oraz oświadczeń Stron i dokumentów przedłożonych podczas rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I Zgodnie z punktem 6.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Potencjał kadrowy” ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca musiał wykazać m.in., iż będzie dysponował osobami posiadającymi kwalifikacje i doświadczenie zawodowe nie mniejsze niż wymienione w podpunktach a – c tego punktu, tj. Inżyniera Kontraktu, Inżyniera Rezydenta i Inspektora ds. Rozliczeń.

Wymagania dotyczące doświadczenia zawodowego Inżyniera Rezydenta zostały opisane następująco:

„1. co najmniej 3-letnie doświadczenie na stanowiskach kierowniczych w bezpośrednim zarządzaniu lub nadzorowaniu realizacji inwestycji drogowo – mostowych, przy czym co najmniej jeden kontrakt, zakończony i rozliczony (doprowadzony do wystawienia Świadectwa Przejęcia) przy udziale osoby wykazującej doświadczenie w tym punkcie, o wartości robót netto co najmniej 60 mln PLN,

2. co najmniej rok z powyższego doświadczenia dotyczyć musi projektów inwestycyjnych wg uznanych międzynarodowych standardów kontraktów budowlanych typu FIDIC, NEC/ECC – na stanowiskach Inżyniera, Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Inżyniera Rezydenta.”

Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawcy mieli przedstawić wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia („Potencjał kadrowy”), na formularzu zgodnym z treścią załączników nr 3 i 3a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawierający dane potwierdzające spełnianie warunku opisanego w punkcie 6.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 7.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Przystępujący nie załączył do oferty żadanego załącznika nr 3 (tym samym nie wskazał osoby proponowanej na stanowisko Inżyniera Rezydenta) oraz nie załączył jego życiorysu (załącznika nr 3a). W związku z tym 30 czerwca 2008 r. Zamawiający wezwał go do uzupełnienia powyższych dokumentów, czego Przystępujący dokonał w wyznaczonym terminie.

Z przedstawionego przez Przystępującego załącznika nr 3 wynika, iż na stanowisko Inżyniera Rezydenta został zaproponowany pan Marian S. Spośród robót wymienionych w życiorysie pana S. tylko poz. 3 „przeprawa przez rzekę Wartę – nowy przebieg drogi krajowej nr 25 w Koninie” wskazuje na spełnianie części warunku doświadczenia zawodowego wymaganego od Inżyniera Rezydenta dotyczącego tego, iż co najmniej rok doświadczenia dotyczyć musi projektów inwestycyjnych wg uznanych międzynarodowych standardów kontraktów budowlanych typu FIDIC, NEC/ECC – na stanowiskach Inżyniera, Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Inżyniera Rezydenta.

Z informacji zawartej w kolumnie 3. „Czas trwania od – do w miesiącach i latach” oraz kolumnie 4. „Stanowisko” wynika, iż od 01.2006 do 02.2008 pan S. zajmował stanowisko p.o. Inżyniera Projektu / (Inspektor Nadzoru ds. mostów). Z opisu zadań potwierdzających spełnianie wymogów wynika m.in., iż zadania pana S. obejmowały „weryfikację przedstawionych próśb o zatwierdzenie robót budowlanych, odbiór wykonywanych robót, pomoc Inżynierowi Projektu.”

Odwołujący wraz z odwołaniem przedstawił kopię życiorysu pana Mariana S., z której wynika, iż od stycznia 2006 r. do lutego 2008 r. zajmował się on ww. projektem dot. przeprawy przez Wartę z tym, iż pełnił funkcję Inspektora Nadzoru ds. mostów (p.o. Inżyniera projektu od 02.2007 do 07.2007). Jednak na kopii tej brak podpisu p. S. (co jest zwyczajem często stosowanym przy podobnych dokumentach), a Odwołujący na rozprawie nie potrafił wskazać pochodzenia tej kopii, dlatego też kopia ta nie może być uznana przez skład orzekający Izby za dokument posiadający wartość dowodową.

Podczas rozprawy Odwołujący przedstawił dowód w postaci kopii pisma z 1 sierpnia 2008 r. skierowanego do Urzędu Miejskiego w Koninie – zamawiającego w inwestycji *Przeprawa przez rzekę Wartę – nowy przebieg*

drogi krajowej nr 25 w Koninie, z zapytaniem dotyczącym stanowiska zajmowanego przez pana S. oraz odpowiedź Zastępcy Prezydenta Miasta Konina z 4 sierpnia 2008 r., z której wynika, iż „funkcję Inżyniera Projektu zgodnie z warunkami wg. FIDIC oraz przepisami prawa budowlanego (...) pełnił od stycznia 2006 roku zespół inspektorów, którego szefem był Pan Szymon K. Potwierdzam jednocześnie, iż w zespole Inżyniera Projektu inspektorem ds. mostów był pan Marian S. Z uwagi na przeważający zakres robót mostowych na naszym kontrakcie w przypadkach nieobecności Inżyniera Projektu w okresie realizacji inwestycji Pan M. S. pełnił zastępstwo Inżyniera Projektu per procura. Od 02.2008 r. – do 30 czerwca 2008 r. obowiązki Inżyniera Projektu przejął Pan Marian S.”. Zdaniem Odwołującego dokumenty te dowodzą, iż nie zgadzają się ani czynności pana S., ani okresy pełnienia funkcji podane w jego życiorysie przedstawionym przez ECM Group Polska Sp. z o.o. Zastępowania Inżyniera Projektu nie można traktować jako pełnienia tej funkcji w sposób ciągły, tym bardziej, iż od czerwca 2007 r. pan S. pełnił również funkcję Inspektora Nadzoru ds. Mostów w Międzyrzeczu Podlaskim na drodze Siedlce – Biała Podlaska, co wynika z przedstawionego życiorysu.

Natomiast, zdaniem Zamawiającego, z tego pisma nie wynika jednoznacznie, w jakim okresie pan S. pełnił obowiązki Inżyniera Projektu, ponieważ nie wiadomo, jak długo nieobecny był Inżynier Projektu.

Na podstawie życiorysu pana S. przedstawionego przez ECM Group Polska Sp. z o.o. oraz ww. pisma Zastępcy Prezydenta Miasta Konina skład orzekający Izby uznał, iż zachodzą uzasadnione wątpliwości, czy informacje przedstawione przez ECM Group Polska Sp. z o.o. odpowiadają stanowi faktycznemu.

Po pierwsze, Zastępca Prezydenta Miasta Konina w pierwszym zdaniu pisma wspomina, iż Inżynierem Projektu w przedmiotowej inwestycji był zespół inspektorów, ale jednocześnie wskazuje, iż było ustanowione również odrębne stanowisko Inżyniera Projektu („w przypadkach nieobecności Inżyniera Projektu...”, „obowiązki Inżyniera Projektu przejął”). Biorąc pod uwagę brzmienie warunku postawionego przez Zamawiającego „co najmniej rok z powyższego doświadczenia dotyczyć musi projektów (...) na

stanowiskach Inżyniera, Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Inżyniera Rezydenta” Zamawiającemu wyraźnie chodziło o zajmowanie konkretnego stanowiska, a nie udział w zespole Inżyniera Projektu lub jego zastępowanie (niezależnie od długości okresu tego zastępstwa) – jeśli zastępstwo to nie było pełnione w ramach stanowiska Zastępcy Inżyniera Rezydenta. Przy czym skład orzekający Izby uznaje, iż pełnienie obowiązków Inżyniera Projektu (w powszechnym znaczeniu, jakie się przypisuje osobie „p.o.”) można uznać za zajmowanie tego stanowiska – co zresztą nie było kwestionowane w proteście ani odwołaniu.

Po drugie – z zacytowanej powyżej treści życiorysu przedstawionego Zamawiającemu wynika, iż zadania pana S. obejmowały m.in. „pomoc Inżynierowi Projektu.” Skoro więc pan S. pomagał Inżynierowi Projektu, to jednocześnie nie mógł zajmować stanowiska Inżyniera Projektu lub p.o. Inżyniera Projektu.

W związku z powyższym skład orzekający Izby nakazuje Zamawiającemu dokonanie czynności wyjaśnienia powyższych okoliczności. Przyczyny, dla których Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć wykonawcę z postępowania zostały jasno określone w art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zbadanie, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu należy do jednego z najważniejszych obowiązków Zamawiającego, którego nie może on zaniechać, chcąc przeprowadzić postępowanie z należytą starannością i z taką starannością wybrać ofertę najkorzystniejszą. Tymczasem, jak już zauważył skład orzekający Izby, istnieją uzasadnione wątpliwości, iż wykonawca ten może podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 i ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponieważ jednak, zdaniem składu orzekającego Izby, decyzji takiej Zamawiający nie powinien podejmować bez poznania stanowiska wykonawcy, którego oświadczenia są kwestionowane, Zamawiający powinien wezwać ECM Group Polska Sp. z o.o. do złożenia stosowanych wyjaśnień, do czego kompetencję daje mu art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II W punkcie 17. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł wymagania dotyczące wniesienia wadium, z których wynika kwota,

forma i termin wniesienia, numer konta bankowego Zamawiającego, na który ma być wniesione wadium w formie pieniężnej oraz wskazanie, iż wadium wniesione w formie poręczeń lub gwarancji musi być złożone w oryginale i obejmować cały okres związania ofertą. Zamawiający nie zawarł zatem żadnych postanowień dotyczących wymaganej treści gwarancji wadium.

ECM Group Polska Sp. z o.o. przedstawiła gwarancję, z której treści wynika, iż przekazanie żądania zapłaty, pod rygorem nieważności, powinno nastąpić za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek beneficjenta gwarancji, który potwierdzi, że podpisy złożone na żądaniu wypłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu beneficjenta gwarancji.

Jak wynika z praktyki, taki sposób dochodzenia zapłaty jest często opisywany w gwarancjach i powszechnie uznawany przez Zamawiających (beneficjentów gwarancji). Jednocześnie nie traktuje się go jako warunku gwarancji. Zatem, skoro Zamawiający nie przedstawił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia odmiennych oczekiwań, nie można tego postanowienia gwarancji uznać za skutkujące nieważnością całego wadium. Co więcej, w ocenie składu orzekającego Izby, wypłata kwoty z tytułu gwarancji, w następstwie złożenia oświadczenia – żądania zapłaty przez osoby uprawnione do reprezentacji Zamawiającego leży w interesie samego Zamawiającego.

W gwarancji tej znajduje się także postanowienie o następującej treści „nasza gwarancja jest ważna tylko w stosunku do pierwotnej oferty złożonej przez Zleceniodawcę” (ECM Group Polska Sp. z o.o.). Zdaniem Odwołującego gwarancja – przy takim zapisie – traci ważność w przypadku uzupełnienia dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, co miało miejsce w przypadku oferty Przystępującego.

W praktyce „oferta” przy udzielaniu zamówień publicznych jest różnie pojmowana. Legalną definicję oferty zawiera jednak art. 66 § 1 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym „ofertą jest oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy określającego istotne postanowienia tej umowy”. Również przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych odróżniają dokumenty składające się na ofertę od innych dokumentów składanych w postępowaniu

np. różne skutki – wykluczenie wykonawców z powodu braku dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu – odrzucenie oferty lub brzmienie art. 44 ustawy Prawo zamówień publicznych „wykonawca składa *wraz z ofertą* oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, *również te dokumenty.*”

Również zamawiający, jak wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i co powinien wziąć pod uwagę ubezpieczyciel, za ofertę uznaje następujące dokumenty - w formularzu noszącym nazwę „Oferta”, w punkcie 14. i 15. zawarł następujące postanowienia: „14. Załącznikami do niniejszej oferty, stanowiącymi jej integralną część są: - formularz ofertowy, - harmonogram płatności; 15. *Wraz z ofertą* składamy następujące oświadczenia i dokumenty, na ___ stronach: - Oświadczenie o spełnianiu warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, (...) – Wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie, - Wykaz wszystkich usług wraz z referencjami; - Dowód wniesienia wadium.

Poza tym ubezpieczyciel, jako podmiot profesjonalny, zobowiązany jest znać przepisy prawa, a przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszczają szereg czynności w trakcie postępowania odnoszących się do oferty np. poprawianie oczywistych omyłek pisarskich, omyłek rachunkowych, uzupełnianie dokumentów. Takie zmiany, zgodne z prawem, nie powodują utraty przez ofertę „pierwotności”. Natomiast ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje także instytucje takie jak np. aukcja elektroniczna, podczas której wykonawcy mogą zmieniać ceny swoich ofert. Wykonawca może także wprowadzić zmianę do swojej oferty niezgodną z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem składu orzekającego Izby sporne postanowienie gwarancji dotyczy takiej sytuacji.

III W punkcie 8.16 specyfikacji istotnych warunków zamówienia znajduje się następujące postanowienie: „Ofertę należy złożyć w oryginale i 3 kopiach. Wykonawca zobowiązany jest do zaznaczenia, który z egzemplarzy jest

oryginałem, a które są kopiami. W razie rozbieżności pomiędzy kopią oferty a oryginałem, wiążącym jest egzemplarz oryginalny.”

Strony zgodnie przyznały, iż ECM Group Polska Sp. z o.o. nie złożyła wymaganych 3 kopii oferty.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko Zamawiającego, iż niespełnienie wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie nie może skutkować odrzuceniem oferty. Zgodnie z brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający ma prawo i obowiązek odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponieważ ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji oferty, lecz odsyła do kodeksu cywilnego (art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych) należy przyjąć, iż ofertą jest oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy określającego istotne postanowienia tej umowy, bowiem taka definicja oferty została zawarta zgodnie z art. 66 § 1 kodeksu cywilnego. Tym samym treścią oferty będzie treść tego oświadczenia. Oświadczenie będące ofertą zostało Zamawiającemu złożone przez ECM Group Polska Sp. z o.o. i niezależnie od tego, w ilu egzemplarzach lub ilu kopiach wymagał tego oświadczenia Zamawiający, nie zmienia to faktu, iż wymagane oświadczenie uzyskał i mógł ocenić jego treść. Wymóg przedstawienia konkretnej liczby kopii oświadczenia, nie mający wpływu na ważność samego oświadczenia, lecz sformułowany prawdopodobnie w celu ułatwienia pracy komisji przetargowej, jest wymogiem stricte formalnym i nie może stanowić powodu odrzucenia oferty. Dlatego skład orzekający Izby uznał, iż Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający powinien był wezwać ECM Group Polska Sp. z o.o. do przedstawienia wymaganych kopii, co dałoby wyraz zachowaniu zasady równego traktowania wykonawców. Jakkolwiek procedura odpisana w ustawie Prawo zamówień publicznych nie przewiduje takiej sytuacji, to, zdaniem skład orzekającego Izby, działanie takie można uznać za dopuszczalne – ze względu na brak jakichkolwiek konsekwencji dla sytuacji wykonawców i samego postępowania. Jednak Zamawiający nie ma takiego obowiązku ani wezwanie to nie skutkuje to dla wezwanego

wykonawcy obowiązkiem uzupełnienia, a tym bardziej sankcją odrzucenia oferty w przypadku nieprzedstawienia żądanych kopii. Ponieważ konsekwencje tej czynności nie zmieniają sytuacji wykonawcy wezwanego, pozostałych wykonawców ani Zamawiającego trudno uznać, by działanie lub zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie naruszało zasadę równego traktowania wykonawców. Natomiast samo nieprzedstawienie kopii przez ECM Group Polska Sp. z o.o., jak i brak sankcji nie wynikają z sytuacji zależnej od Zamawiającego. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określa wymagania, zarówno merytoryczne, formalne, jak i organizacyjne, co do których chciałby, żeby zostały przez wykonawców spełnione, lecz to ustawa Prawo zamówień publicznych określa konsekwencje niespełnienia tych wymagań, a art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraźnie odnosi się tylko do treści oferty, niezależnie jak uciążliwe jest dla Zamawiającego niezastosowanie się do wymagań formalno – organizacyjnych. Tak więc również z tego powodu trudno uznać, by działanie lub zaniechanie Zamawiającego naruszało zasadę równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedstawionej faktury zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....