

**WYROK**

**z dnia 29 października 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący:** członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

**Protokolant:** **Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 października 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia **17 października 2012 r.** przez wykonawcę **A..... M.....** prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: **ASBUD A..... M..... ul. Więckowskiego 12/22, 80-809 Gdańsk**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Rejonowy Zarząd Infrastruktury ul. Jana z Kolna 8b, 81-912 Gdynia**,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: A..... M..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: ASBUD A..... M..... ul. Więckowskiego 12/22, 80-809 Gdańsk,**

**2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego A..... M..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: ASBUD A..... M..... ul. Więckowskiego 12/22, 80-809 Gdańsk,**

**2.2. zasądza od odwołującego A..... M..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: ASBUD A..... M..... ul. Więckowskiego 12/22, 80-809 Gdańsk, na rzecz zamawiającego: Rejonowego Zarządu Infrastruktury ul. Jana z Kolna 8b, 81-912 Gdynia, kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Gdańsku**.

**Przewodniczący: .....**

### Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Remont dachu budynku 1, 31 w Gdańsku, przy ul. Słowackiego 5,11 (2 części)” o wartości zamówienia poniżej progów określonych przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (BZP pozycja 346266 z 13.09.2012 r.), dnia 17 października 2012 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę A..... M..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: ASBUD A..... M..... z siedzibą w Gdańsku, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym, tj. w dniu 16 października 2012 r. przesyłką pocztową oraz w dniu 15 października 2012 r. za pośrednictwem faksu.

Złożenie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 11 października 2012 r. przesyłką pocztową o odrzuceniu oferty odwołującego wykonawcy A..... M..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: ASBUD A..... M..... - złożonej na dwie części zamówienia. Termin na wniesienie odwołania określony art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - w przypadku zawiadomienia pisemnego o wyniku przetargu - wynosi 10 dni od daty przesłania powiadomienia.

Wobec podjętych czynności:

- 1) odrzucenia złożonej oferty,
  - 2) oraz zaniechania poprawy oferty odwołującego,
- odwołujący zarzucił zamawiającemu: Rejonowemu Zarządowi Infrastruktury w Gdyni, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej ustawą Pzp, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy przez bezpodstawne zaniechanie poprawy oferty i jej odrzucenie.

Ponadto, odwołujący zarzucił naruszenie przepisu art. 26 ust 4 ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem wezwanie ze strony zamawiającego do złożenia wyjaśnień związanych z treścią 4 punktu formularza ofertowego, który to zapis obligował wykonawców do określenia czy zamówienie wykonają sami - czy też przy pomocy podwykonawców.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na obie części zamówienia,
- 2) dokonania ponownej czynności oceny ofert i wyboru ofert najkorzystniejszych w części 1 i 2 zamówienia,
- 3) zasądzenie kosztów postępowania na rzecz odwołującego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że w przedmiotowym postępowaniu obejmującym roboty budowlane na dwie części zamówienia publicznego, w wyniku niezgodnych z prawem czynności zamawiający odrzucił złożoną ofertę, czym pozbawił odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, mimo iż jego oferta zawiera najniższą cenę, a jako wykonawca ubiegający się o zamówienie – spełnił warunki udziału w przetargu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust 4 ustawy Pzp, przez niezgodne z prawem wezwanie do złożenia wyjaśnień związanych z treścią 4 punktu formularza ofertowego, który to zapis obligował wykonawców do określenia czy zamówienie wykonają sami - czy też przy pomocy podwykonawców – odwołujący oparł na następującej argumentacji.

Zgodnie z treścią przepisu art. 26 ust 4 ustawy Pzp zamawiający wzywa w wyznaczonym przez siebie terminie do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Wyżej wskazany przepis pozwala zamawiającemu jedynie na żądanie złożenia wyjaśnień dotyczących potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust 1 ustawy Pzp) lub przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy, odwołujący stwierdził, że sposób realizacji zamówienia przez wykonawcę samodzielnie lub przy pomocy podwykonawców - nie należy do katalogu ww. dokumentów i oświadczeń i z tych względów - prowadzenie wyjaśnień w tym przedmiocie uznał odwołujący za niedopuszczalne. Na potwierdzenie swego stanowiska przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 197/12. Odwołujący wyjaśniał, że w złożonej ofercie zgodnie z wymogami zamawiającego zamieścił niewypełniony Załącznik nr 8 do SIWZ „Wykaz podwykonawców”, co uznał za jednoznaczne, iż zamówienie realizować będzie bez udziału podwykonawców.

Wobec powyższego, jak utrzymywał odwołujący, zamawiający zobowiązany był zgodnie z treścią przepisu art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonać stosownych poprawek w ofercie odwołującego i zawiadomić go o tym fakcie, czego nie uczynił.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 19 października 2012 r. do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Zamawiający nie uwzględnił odwołania, podtrzymał ustalenia zawarte w piśmie z dnia 9 października 2012 r. powiadającym o wynikach przetargu. Przedstawiając stanowisko do protokołu rozprawy odniósł się do zarzutów przedstawionych w odwołaniu, w następujący sposób.

Zamawiający zaznaczał, iż było wymagane, aby wykonawca określił czy wykona zamówienie siłami własnymi czy za pomocą podwykonawców. W związku z tym, że odwołujący nie uczynił takiego wskazania, zamawiający był uprawniony, aby zwrócić się o wyjaśnienia w tej kwestii zakreślając stosowny termin. Odwołujący na wezwanie w wyznaczonym terminie do dnia 5 października 2012 r. nie zareagował. Zamawiający stwierdził, że faks odwołującego z dnia 8 października 2012 r. przesłany około godz. 20:00, dotarł po ustaleniu wyniku postępowania w dniu 8 października 2012 r. Ponadto zamawiający wskazywał, iż wyjaśnienia zostały przekazane faksem pod pieczęcią imienną pani Aldony Miotk, jednak zdaniem zamawiającego podpis złożyła inna osoba. Zamawiający podnosił, że przedmiotem odwołania nawet nie było kwestionowanie sposobu i terminu wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień, a jedynie przywołanie jako podstawy art. 26 ust. 4 Pzp. Zamawiający argumentował, że był uprawniony do żądania wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1, czy też art. 26 ust 4 ustawy Pzp. Zarzutem odwołania pozostaje fakt, że zamawiający nie dokonał poprawy oferty w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zdaniem zamawiającego, nie był uprawniony, aby w tym trybie dokonać samemu poprawy oferty odwołującego. Brak wskazania przez wykonawcę czy zmierza wykonać roboty samodzielnie, czy z pomocą podwykonawcy, uznał zamawiający za oczywistą omyłkę, która po udzieleniu wyjaśnień mogła zostać poprawiona przy zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający stwierdził jednocześnie, że oświadczenie woli nie podlega samodzielnej korekcie przez zamawiającego. Jeżeli wykonawca składa zarówno oświadczenie, że wykona zamówienie sam, jak i że za pomocą podwykonawcy, to zdaniem zamawiającego był on władny, aby wezwać wykonawcę do udzielenia wyjaśnień. Formularz oferty był tak skonstruowany, że nie zezwalał na jednoczesne oświadczenie, że wykonawca wykona roboty sam, jak i z pomocą podwykonawcy, gdyż wymagał, aby pozostawiona została jedna z tych opcji poprzez skreślenie takiej, która nie miała zastosowania. Wbrew stwierdzeniom odwołania, w dokumentach oferty odwołującego, nie został zamieszczony niewypełniony załącznik nr 8 – „Wykaz podwykonawców.”

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało złożone w postępowaniu o wartości zamówienia poniżej progów określonych przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, dotyczy odrzucenia oferty odwołującego, zatem wyłącznie w tym zakresie jest dopuszczalne przepisem art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, wezwania zamawiającego o udzielenie wyjaśnień i udzielonej odpowiedzi. Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „Remont dachu budynku nr 1, nr 31 w Gdańsku, przy ul. Słowackiego 5,11” o wartości zamówienia poniżej progów określonych przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamówienie zostało podzielone na (2 części).

Wzór formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w punkcie 4 postanawia „przedmiot zamówienia zamierzmy wykonać sami/przewidujemy powierzyć podwykonawcom część zamówienia”. Pod treścią formularza oferty widnieje objaśnienie „niepotrzebne skreślić”. Załącznik obligował wykonawców do określenia czy zamówienie wykonają sami - czy też przy pomocy podwykonawców. Należało wybrać jedną ze wskazanych opcji – poprzez jednoznaczne określenie.

Załącznik nr 8 - „Wykaz podwykonawców”, wymagał podania części zamówienia przewidzianej do wykonania przez podwykonawcę i złożenia podpisu przez wykonawcę.

Oferty złożyło 5 wykonawców:

- SOEN Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu,
- PHU REGO Z..... S..... z siedzibą w Sopocie,
- ASBUD A..... M..... – odwołujący,
- ZTR Montex z siedzibą w Luzino,
- S..... K..... firma KRUPA z siedzibą w Gdyni.

Oferta odwołującego zawiera najniższą cenę, spośród wszystkich, które zostały złożone w postępowaniu, tj.:

- część 1 – 109 229,72 zł,
- część 2 - 147 972,65 zł.

Jedynym kryterium oceny ofert została ustanowiona najniższa cena.

Zamawiający wybrał:

- na część 1 – ofertę ZTR Montex z ceną: 121 633,68 zł.
- na część 2 – ofertę SOEN Sp. z o.o. z ceną: 171 116,99 zł.

Odwołujący oraz zamawiający zgodnie oświadczyli, że w dokumentach oferty odwołujący nie przedłożył załącznika nr 8 do SIWZ „Wykaz podwykonawców.”

Odwołujący w formularzu oferty pozostawił bez skreśleń zarówno zapis, że „przedmiot zamówienia zamierzamy wykonać sami, jak i zapis „przewidujemy powierzyć podwykonawcom części zamówienia wymienione w załączonym do oferty formularzu podwykonawcy” (należy wypełnić załącznik nr 8 do SIWZ).

Zamawiający pismem z dnia 1 października 2012 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, co do treści pkt 4 formularza oferty, w którym wykonawca zobowiązany był określić czy wykona przedmiot zamówienia sam czy zamierza powierzyć go podwykonawcom. Z przedstawionej oferty nie wynika, jakimi siłami wykonawca zamierza zrealizować zamówienie. Wyjaśnienia należało złożyć w wyznaczonym terminie do dnia 5 października 2012 r.

Odwołujący na wymienione pismo udzielił odpowiedzi faksem, który wpłynął do zamawiającego w dniu 8 października 2012 r. o godz. 19 min 58, w którym odwołujący informował, że w nawiązaniu do pisma z 1 października 2012 r. w związku z wezwaniem do złożenia wyjaśnień, co do treści pkt. 4 formularza oferty niezwłocznie po otrzymaniu ww. pisma informuje, że przedmiot zamówienia wykonamy sami.

Wezwanie zostało wysłane przez zamawiającego listem priorytetowym w dniu 2 października 2012 r. nadanym w Gdyni (co potwierdza złożona kopia koperty z datą nadania wymienionej przesyłki). Odwołujący oświadczył, iż przesyłka ta dotarła do niego 8 października 2012 r., dlatego też odpowiedź złożył 8 października 2012 r. Dowodu doręczenia tej przesyłki w dniu 8 października 2012 r. nie przedłożył.

W piśmie opatrzonym datą 9 października 2012 r., doręczonym odwołującemu w dniu 11 października 2012 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wynikach przetargu, w tym o odrzuceniu oferty odwołującego, podając następujące uzasadnienie tej czynności: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (podstawa prawna art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP (...)) Ww. Wykonawca nie wskazał w formularzu oferty, w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, czy zamierza wykonać przedmiot zamówienia siłami własnymi, czy przy udziale podwykonawców.”

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący jako uczestnik przedmiotowego postępowania przetargowego posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a co za tym idzie legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej. Potwierdzenie się zarzutów niezgodnego z przepisami ustawy Pzp działania zamawiającego - polegającego na niezasadnym wyeliminowaniu oferty odwołującego - mogłoby narazić odwołującego na poniesienie związanej z tym szkody.

Przechodząc do rozpatrzenia przedstawionych zarzutów, na tle wyżej przytoczonych wymagań zamawiającego i badanej oferty wykonawcy A..... M..... firmy ASBUD należało przypomnieć definicję treści oferty. Za treść oferty uznaje się zobowiązanie wykonawcy do spełnienia na rzecz zamawiającego oznaczonego w SIWZ świadczenia, w sposób opisany i za oferowaną cenę. Zobowiązanie takie z mocy art. 66 § 1 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp ma postać oświadczenia złożonego w formie pisemnej, gdyż taką szczególną formę dla ważności tej czynności wyznacza art. 82 ust. 2 ustawy Pzp, jednocześnie stanowiąc w ust. 3 tej normy, iż treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Istotne warunki zamówienia – *essentialia negotii* przyszłej umowy w rozumieniu art. 66 § 1 K.c. określa zamawiający w dokumentacji postępowania.

Postępowanie dowodowe wykazało, że oferta, odwołującego nie była w całości zgodna z wytycznymi SIWZ. Należało zatem ustalić na ile były to braki formalne – podlegające uzupełnieniu, lub omyłki podlegające sprostowaniu w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, lub też czy charakter odstępstw świadczył, że treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ, powodując podstawy do jej odrzucenia.

Przepis art. 36 ust 4 ustawy Pzp upoważnia wprost zamawiającego do żądania wskazania przez wykonawcę w ofercie, części zamówienia, której wykonanie oferent powierzy podwykonawcom. Uprawnienie to ustanawia również przepis art. 647<sup>1</sup> § 1 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp. W umowie o roboty budowlane, o której mowa w art. 647 K.c.,



zawartej między inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą), strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców. W określonych sytuacjach, zamawiający wraz z wykonawcą może bowiem ponosić solidarną odpowiedzialność względem podwykonawcy za zapłatę należnego jemu wynagrodzenia.

Z powyższego wynika, że obligatoryjne określenie w ofercie, czy wykonawca będzie samodzielnie realizował zamówienie, czy też korzystał z pomocy podwykonawcy - przynależy do istotnej treści oferty - obrazującej sposób wykonania przedmiotowego zamówienia.

Za istotne postanowienia oferty, zgodnie z utrwalonym znaczeniem tego terminu, uznaje się za konieczne do spełnienia z punktu widzenia istotnych postanowień SIWZ - wymagania zamawiającego, których brak skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - bez możliwości jej konwalidacji, za wyjątkiem prostowania omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Inne omyłki w ofercie - pisarskie, rachunkowe - podlegają poprawie w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Złożenie podpisu pod formularzem oferty nie jest wystarczające do przyjęcia, iż wykonawca zrealizuje zamówienie zgodnie z istotnymi postanowieniami SIWZ, skoro w samym formularzu ofertowym odwołującego zachodzi niezgodność - rozbieżność złożonych oświadczeń i ich niejednoznaczność w zakresie podwykonawstwa. Niewypełnionego załącznika nr 8 do SIWZ „Wykazu podwykonawców” na potwierdzenie, że nie będzie korzystał z podwykonawców - odwołujący nie zawarł w dokumentach swojej oferty.

Zdaniem Izby, oferta odwołującego kwalifikowałaby się do poprawy w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – ale jedynie wówczas, gdyby odwołujący w wyznaczonym czasie udzielił żądanych wyjaśnień. Odwołujący mógłby skutecznie powołać się popełnienie omyłki, skoro formularz jego oferty zawiera sprzeczne oświadczenia w odniesieniu do podwykonawców. Izba nie dała wiary wyjaśnieniom odwołującego, że pismo wzywające do wyjaśnień wysłane dnia 2 października 2012 r. przesyłką priorytetową z Gdyni, zostało odwołującemu doręczone w dniu 8 października 2012 r. tak, że dopiero w dniu 8 października 2012 r. około godziny 20:00 mógł udzielić odpowiedzi na wezwanie zamawiającego - z zakreślonym terminem do 5 października 2012 r., iż będzie samodzielnie wykonywał zamówienie. Okoliczność wyznaczenia zbyt krótkiego czasu na udzielenie odpowiedzi na wezwanie nie była objęta zarzutami odwołania i została przywołana dopiero na rozprawie. Z protokołu postępowania wynika, że zamawiający ustalił wynik przetargu w dniu 8 października 2012 r. Mimo takiej możliwości, ustalonej postanowieniami SIWZ,

odwołujący nie wskazał zamawiającemu swego numeru telefaksu, co ograniczyło przekazywanie informacji jedynie drogą korespondencyjną.

Zamawiający nie był władny pozostawić niejednoznaczności jaką ujawnił w omawianej ofercie bez wyjaśnienia i sprostowania, gdyż w przypadku wyboru oferty odwołującego – już na etapie realizacji umowy – wykonawca mógłby z tego faktu wywodzić skutki prawne i dowolnie kształtować udział podwykonawców w wykonywaniu zamówienia.

Z wymienionych względów Izba uznała, że czynność zamawiającego wezwania odwołującego do wyjaśnienia kwestii podwykonawstwa została dokonana zasadnie, bez względu na przywołaną podstawę prawną w postaci art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Wykonawca nie może zignorować wezwania zamawiającego, jeżeli nie chce aby ujemne skutki pozostawienia pisma zamawiającego bez reakcji w wyznaczonym czasie, nie miały wpływu na jego sytuację w postępowaniu. Zarzut bezpodstawności wezwania na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, jest ponadto spóźniony i zasadniczo niedopuszczalny, nie podlegający więc rozpatrzeniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Wykonawcy w omawianej sytuacji służyło jedynie uprawnienie ustanowione w art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, tj. możliwość poinformowania zamawiającego, że dokonaną czynność uznaje za niezgodną z ustawą Pzp.

Rozpatrując przedstawiony zarzut w kontekście podstaw do odrzucenia oferty odwołującego, Izba stwierdziła, że żądanie wyjaśnień w odniesieniu do udziału podwykonawców było zasadne i celowe. Dostosowanie się do tego wezwania - leżało w interesie odwołującego. Izba nie dostrzegła też żadnych przeszkód, aby odwołujący nie mógł tego wezwania wypełnić. Jeżeli nawet do przeprowadzonej czynności zamawiającego, przywołana została niewłaściwa podstawa prawna art. 26 ust. 4 Pzp, chociaż bardziej stosowną podstawę tego wezwania stanowiłby przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - liczy się treść faktyczna czynności, która została podjęta w sposób uprawniony.

W przekonaniu Izby, zamawiający nie mógł samodzielnie poprawić oferty odwołującego, albowiem bez uzyskania wyjaśnień, tj. złożonego oświadczenia woli - nie mógł zdecydować za wykonawcę - czy będzie on wykonywał zamówienie samodzielnie, czy też przy udziale podwykonawców. Zamawiający podjął stosowne działania i wykazał wolę dokonania poprawy oferty odwołującego. Niezależnie od tego, czy omyłki i inne niezgodności w ofercie wykonawcy mają charakter formalny, czy też merytoryczny – w stopniu kwalifikującym się do poprawy, zamawiający nie może dokonać wyboru takiej oferty do realizacji zamówienia, bez dokonania niezbędnej korekty. Skoro jednak, odwołujący poprzez brak udzielenia wyjaśnień w określonym terminie - uniemożliwił zamawiającemu dokonanie poprawy złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stanowiącego że

zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarówno zamawiający, jak i wykonawcy związani są ustalonymi w SIWZ warunkami przetargu, w tym sposobu sporządzenia oferty i określenia jej treści, a zamawiający na etapie oceny ofert nie może od tych warunków czynić żadnych odstępstw. Brak udzielenia wyjaśnień w wyznaczonym terminie jest równoznaczny z nieudzieleniem wyjaśnień, gdyż po ustaleniu wyniku postępowania nie mogły one zostać uwzględnione. W ocenie izby, skoro odwołujący, mimo wezwania nie udzielił wyjaśnień umożliwiających dokonanie poprawy jego oferty – skarżona czynność zamawiającego odrzucenia tej oferty znajdowała normatywne oparcie w dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż bez dokonania poprawy treść wymienionej oferty nie odpowiadała treści SIWZ. Przywołany przepis ma charakter obligatoryjny, zatem zamawiający w zaistniałych okolicznościach nie mógł odstąpić od jego zastosowania.

Postępowanie dowodowe wykazało, że zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy przez bezpodstawne zaniechanie poprawy oferty odwołującego i jej odrzucenie nie znalazły potwierdzenia. W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrot kosztów zastępstwa przez pełnomocnika na podstawie złożonego rachunku, stosownie do postanowień § 3 pkt 2b i § 5 ust 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Wnioskowane koszty dojazdu na rozprawę samochodem osobowym w oparciu o przedstawione wyliczenie według stawki ryczałtowej, nie zostały przez Izbę uznane za udokumentowane rachunkiem, czego wymaga przepis § 3 pkt 2 cytowanego rozporządzenia. Uiszczony wpis podlegał zaliczeniu na poczet kosztów postępowania.

**Przewodniczący: .....**

