

Sygn. akt KIO/UZP 1320/09

WYROK

z dnia 19 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

**Członkowie: Barbara Bettman
Klaudia Szczytowska-Maziarz**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa; adres do korespondencji: SKANSKA S.A., Oddział Budownictwa Hydroinżynieryjnego, al. Powstańców Śląskich 26, 30-570 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Międzynarodowy Port Lotniczy im. Jana Pawła II Kraków-Balice Sp. z o.o., ul. Kpt. M. Medveckiego 1, 32-083 Balice** protestu z dnia 19 sierpnia 2009 r.,

przy udziale wykonawcy **WARBUD S.A., al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa adres do korespondencji: SKANSKA S.A., Oddział Budownictwa Hydroinżynieryjnego, al. Powstańców Śląskich 26, 30-570 Kraków i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka**

9, 01-518 Warszawa adres do korespondencji: SKANSKA S.A., Oddział Budownictwa Hydroinżynieryjnego, al. Powstańców Śląskich 26, 30-570 Kraków,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa adres do korespondencji: SKANSKA S.A., Oddział Budownictwa Hydroinżynieryjnego, al. Powstańców Śląskich 26, 30-570 Kraków** na rzecz **Międzynarodowego Portu Lotniczego im. Jana Pawła II Kraków-Balice Sp. z o.o., ul. Kpt. M. Medweckiego 1, 32-083 Balice** 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 **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa adres do korespondencji: SKANSKA S.A., Oddział Budownictwa Hydroinżynieryjnego, al. Powstańców Śląskich 26, 30-570 Kraków.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego pn. *„Budowa drogi kołowania z płaszczyzny postojowej w części północno wschodniej (Łącznik) wraz z infrastrukturą towarzyszącą”*, znak: MPL/SZ/ZS/11/08, zostało wszczęte przez Międzynarodowy Port Lotniczy im. Jana Pawła II Kraków - Balice Sp. z o.o., ul. Kpt. M. Medweckiego 1, 32-83 Balice zwany dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 56-081388 w dniu 21.03.2009 r.

W dniu 12.08.2009 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze oferty firmy: Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa zwanej dalej: *„Warbud S.A.”* albo *„Przystępującym”*. Ponadto, poinformował o odrzuceniu oferty nr 5 na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: *„Pzp”* złożonej przez firmę: Skanska

SA, ul. Gen. J. Zajączka 9, 00-518 Warszawa, adres do korespondencji: SKANSKA S.A., Oddział Budownictwa Hydroinżynieryjnego, al. Powstańców Śląskich 26, 30-570 Kraków, zwaną dalej: „Skanska SA” albo „Protestującym” albo „Odwołującym”. Zamawiający uznał, że treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”. Wskazał, że zgodnie z zapisem Rozdz. III pkt 4 ppkt 1 SIWZ wymagał aby: „Wykonawca udzielił 60 miesięcznej gwarancji na wykonany przedmiot zamówienia, oraz gwarancji na montowane urządzenia - zgodnie z gwarancją producenta jednak na okres nie krótszy niż 24 m-ce”. Wpisanie przez Wykonawcę w treści formularza ofertowego okresu 36 miesięcznego powoduje, że brak jest możliwości poprawienia tego zapisu przez Wykonawcę bez zmiany oferty. Udzielenie gwarancji w określonym wymiarze czasowym było bowiem jednym z wymogów SIWZ, a więc jednocześnie wymogiem jaki wykonawca miał spełnić składając ofertę. Naniesienie ewentualnych poprawek byłoby w tym wypadku niczym innym jak zmiana treści oferty złożonej przez Wykonawcę. Mając powyższe na uwadze stwierdził, iż brak jest możliwości uznania, że wpisanie przez Wykonawcę w formularzu oferty 36 miesięcznego okresu gwarancji jest omyłką, którą Zamawiający może poprawić w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp.

W dniu 19.08.2009 r. (wpływ bezpośredni do Zamawiającego) na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 i 2 Pzp firma SKAŃSKA SA złożyła protest wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1. nieuzasadnionym odrzuceniu oferty Protestującego wobec przyjęcia, że treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ, zarzucając naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. w zw. z art. 56 i 577 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp oraz jego interesu prawnego.
2. wyborze jako najkorzystniejszej oferty Warbud S.A., zarzucając naruszenie art. 91 Pzp. chociaż jego oferta nie była najkorzystniejsza. W związku z powyższym wnosił o uwzględnienie protestu i: 1) unieważnienie odrzucenia oferty Protestującego; 2) unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej; 3) powtórzenie czynności badania i oceny oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty złożonej przez Protestującego.

W ocenie Protestującego, Zamawiający dokonał wyboru oferty Warbud S.A., mimo że oferta była droższa od oferty Skanska S.A. i nie było żadnego prawnego uzasadnienia dla odrzucenia oferty Skanska S.A. Powyższej czynności Zamawiającego nie w sposób ocenić jako gospodarnej i leżącej w interesie społecznym, w sytuacji w której oferta tańsza jest odrzucana pod pretekstem rzekomej niezgodności z SIWZ.

Odrzucenie oferty Skanska S.A. zostało dokonane z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 56 i 577 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp, gdyż skoro Zamawiający z góry określił kryterium wyboru najkorzystniejszej ofert jako kryterium ceny, to omyłką, która znalazła się w treści formularza oferty złożonego przez Protestującego

nie powoduje jej niezgodności z SIWZ. Wskazał, że pismem dnia z 7.07.2009 r. Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 Pzp zwrócił się do Protestującego o wyjaśnienie, dlaczego okres gwarancji wskazany w jego ofercie to 36 miesięcy, a nie 60 jak w SIWZ. W odpowiedzi z dnia 13.07.2009 r. Protestujący wyjaśnił, iż podana w formularzu oferty długość gwarancji jest wynikiem nieistotnej omyłki i że zobowiązuje się do udzielenia 60-miesięcznej gwarancji, o czym zresztą świadczy złożenie oświadczenia zawartego w treści oferty (pkt 6 - strona 000004), iż: „zobowiązujemy się do zawarcia z Zamawiającym umowy - zgodnie ze wzorem umowy stanowiącym Załącznik nr 4 do specyfikacji”. Załącznik nr 4 do SIWZ to Wzór Umowy o roboty budowlane związane z realizacją inwestycji. Protestujący składając ofertę, zobowiązał się do zawarcia umowy na warunkach wskazanych w SIWZ we Wzorze Umowy (Załącznik nr 4). W § 18 Załącznika nr 4 „Gwarancja i rękojmia” Wykonawca udziela Zamawiającemu 60 miesięcznej gwarancji i rękojmi liczonej od daty podpisania protokołu końcowego robót. Zgodnie z art. 577 k.c. umowa stanowi dokument gwarancyjny, co do jakości dostarczonych robót, a takim dokumentem gwarancyjnym nie jest oferta złożona w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zobowiązania gwarancyjne i rękojmiane Wykonawcy powstają przez podpisanie „Umowy o roboty budowlane związane z realizacją inwestycji”, a nie przez zapis w ofercie (str. 000003) złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem zgodnie z art. 56 k.c. skutki prawne wywołuje wyrażenie zgody na treść umowy o roboty budowlane, a nie zapis w ofercie (str. 000003), który w tym przypadku nie był prawnie relewantny. Nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że zapis na str. 000003 oferty dotknięty był oczywistą i nieistotną omyłką skoro Protestujący zobowiązał się do zawarcia z Zamawiającym umowy zgodnie ze wzorem umowy stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ. Skoro Protestujący zobowiązał się do zawarcia ww. umowy, ten wzór umowy stał się elementem oferty Wykonawcy. W tej sytuacji zamiar złożenia przez Skanska S.A. oferty zgodnej z SIWZ jest niewątpliwy. W ocenie Protestującego fakt zażądania przez Zamawiającego wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp świadczy także o tym, iż oferta Skanska S.A. zawierała jedynie nieistotną omyłkę. Przyjęcie innego rozumowania prowadzi, w ocenie Protestującego, do nie dającej się wyjaśnić sprzeczności w zachowaniu Zamawiającego, który najpierw wezwał Protestującego do złożenia wyjaśnień dotyczących okresu gwarancji, a następnie na tej podstawie odrzucił jego ofertę jako nieodpowiadającą treści SIWZ, w uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia całkowicie pomijając złożone wyjaśnienia. Skoro Wykonawca wyjaśnił, że jego zamiarem było udzielenie 60 miesięcznej gwarancji i rękojmi, a zapis o 36 miesięcznej gwarancji stanowi wyłącznie oczywistą i nieistotną omyłkę powstałą w wyniku przepisywania formularza oferty, nie było żadnych podstaw do odrzucenia oferty.

Protestujący stwierdził, że Zamawiający tę drobną nieścisłość wykorzystał jako pretekst do odrzucenia najkorzystniejszej cenowo oferty, skoro dokonując oprotestowanej

czynności posiadał już pełną świadomość co do intencji Wykonawcy i jego zamiaru udzielenia 60 miesięcznej gwarancji i rękojmi. W jego ocenie oczywistym jest, że omyłka miała nieistotny charakter i została skorygowana niezwłocznie na zapytania Zamawiającego, a zatem omyłka ta nie powinna być brana pod uwagę przy dokonywaniu oceny zgodności oferty z SIWZ. O „nieistotności” omyłki przesądza fakt, że poprawa omyłki w żaden sposób nie wpływała na zmianę zobowiązań z tytułu gwarancji i rękojmi, skoro te wynikały z oświadczenia złożonego w pkt 6 oferty.

Niewątpliwie zatem, w ocenie Protestującego w związku ze złożonym oświadczeniem wyrażającym zgodę na warunki umowy, w których Zamawiający wskazał okres gwarancji, należy przyjąć, iż poprawienie przez Zamawiającego okresu gwarancji w formularzu oferty nie stanowiłoby istotnej ingerencji z jego strony i zmiany postanowień oferty oraz jej wartości (ceny ofertowej), i to zwłaszcza w kontekście wyjaśnień Protestującego, który potwierdził swój zamiar złożenia oferty zgodnej z SIWZ. Protestujący za doktryną uznała, że: *„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”* (Komentarz Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r., s. 118). Z taką sytuacją, w ocenie Protestującego, mamy do czynienia w tym przypadku, albowiem z całokształtu oświadczeń zawartych w treści oferty, które należy interpretować łącznie, a nie wybiórczo, wynika niewątpliwy zamiar wykonania zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ, a: *„dokonując badania i oceny oferty Zamawiający winien brać pod uwagę całą jej treść (...) Ofertą należy rozumieć w sposób określony w art. 56 k.c., z którego wynika wymóg uwzględnienia przy wykładni oświadczenia woli okoliczności jego złożenia”* (wyrok KIO z dnia 23.01. 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 16/09). Skoro w ofercie znajdowały się dwa sprzeczne oświadczenia dotyczące okresu udzielonej gwarancji (na str. 000003 oraz w pkt 6 oferty) to Zamawiający słusznie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp zwrócił się do Protestującego o wyjaśnienie, jakiej gwarancji udziela Skanska S.A. na przedmiot zamówienia. Natomiast z niewiadomych względów Zamawiający pominął wyjaśnienia Wykonawcy i odrzucił jego ofertę. Skoro przedmiotem poprawek w ramach omyłki może być cena, to tym bardziej można poprawić zapis dotyczący długości udzielonej gwarancji skoro z innych oświadczeń Wykonawcy wynika, że jego zamiarem było udzielenie gwarancji i rękojmi o długości wymaganej przez Zamawiającego.

Ponadto, podkreślił, że zgodnie z art. 577 § 1 k.c. źródłem gwarancji jest umowa zawierana przez jej strony. Wzór umowy będący załącznikiem do SIWZ został w pełni zaakceptowany przez Protestującego, który składając stosowne oświadczenie w treści oferty, wyraził zgodę na zawarcie umowy zgodnie z tym wzorem. W tej sytuacji oświadczenie Skanska S.A. o zobowiązaniu się do zawarcia umowy zgodnie ze wzorem, według którego

wykonawca udziela na przedmiot zamówienia okresu gwarancji wynoszącego 60 miesięcy ma pierwszorzędne znaczenie i gwarantuje Zamawiającemu, iż roboty będą objęte taką właśnie 60 - miesięczną gwarancją. Co więcej, Zamawiający nie może zawrzeć z wybranym wykonawcą innej umowy niż ta, której wzór stanowił załącznik do SIWZ, co dodatkowo gwarantuje, iż na przedmiot zamówienia udzielona zostanie gwarancja o okresie długości wymaganym przez Zamawiającego. W tej sytuacji, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie istniał żaden powód, dla poprawienia omyłki w treści formularza oferty Protestującego, a wręcz do jej poprawienia był zobowiązany Zamawiający zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zauważył także, iż okres gwarancji nie jest kryterium oceny ofert, który zgodnie z SIWZ stanowi w niniejszym postępowaniu wyłącznie cena (o znaczeniu 100%). W tej sytuacji oferta Skanska S. A. jako najtańsza jest ofertą najkorzystniejszą, a zatem wybór oferty Warbud S.A został dokonany z naruszeniem art. 91 Pzp.

Skanska S.A. w jego ocenie posiada także interes prawny w złożeniu protestu, albowiem jej oferta jako nie podlegająca odrzuceniu winna zostać wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Pomimo bowiem faktu, iż oferta Wykonawcy została sporządzona w zgodzie z Pzp, przy spełnieniu wszystkich żądań SIWZ oraz ze względu na to, iż jako taka była ofertą najkorzystniejszą, Zamawiający wbrew w/w przepisom oraz godząc w zasadę obiektywizmu, równości traktowania uczestników postępowania, naruszając tym samym interes prawny Skanska S.A. odrzucił jego ofertę i wybrał ofertę Warbud S.A.

W dniu 20.08.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 24.08.2009 r. faxem do postępowania protestacyjnego przystąpił Warbud S.A. w zakresie zarzutów po stronie Zamawiającego. Wnosił o oddalenie protestu w całości.

Zgodnie z postanowieniem Rozdz. III ust. 4 pkt 1 SIWZ każdy Wykonawca w przedmiotowym postępowaniu był zobowiązany do udzielenia: „60 *miesięcznej gwarancji na wykonany przedmiot zamówienia oraz gwarancji na montowane urządzenia - zgodnie z gwarancją producenta jednak na okres nie krótszy niż 24 m-ce*”, a w myśl ust. 2 w Rozdz. X SIWZ stanowiącego powtórzenie art. 82 ust. 3 Pzp treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. W ocenie Przystępującego bezsprzecznym jest, że Protestujący złożył ofertę, w której zobowiązał się do udzielenia 36-miesięcznej gwarancji na wykonany przedmiot zamówienia, więc jego oferta zawiera istotną niezgodność z SIWZ i jako taka, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp podlega odrzuceniu.

Ponadto, zgodnie z Pzp oraz przepisami prawa cywilnego to właśnie oświadczenie woli Wykonawcy stanowiące ofertę oraz jej przyjęcie przez Zamawiającego poprzez wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, ma doniosłe znaczenie prawne i powoduje powstanie po

stronie Zamawiającego obowiązku zawarcia umowy o zamówienie publiczne z wykonawcą, którego oferta została wybrana. Podpisanie umowy (według wzoru lub innej) ma w tym wypadku znaczenie wtórne, następcze w stosunku do zobowiązania jakie powstaje w wyniku złożenia i przyjęcia oferty. Dodatkowo na zasadzie art. 85 ust. 1 Pzp Wykonawca jest związany swoją ofertą i po upływie terminu do składania ofert nie może jej już zmienić. Oczywistym jest, że wobec powyższego to treść złożonej oferty na podstawowe znaczenie dla oceny treści zobowiązania Wykonawcy i wiążą go warunki zaoferowane w ofercie, a nie w niepodpisanej i niepełnej umowie. Należy w tym miejscu wspomnieć, iż wzór umowy do którego odwołuje się Protestujący nie może być traktowany jako nadrzędny nad wyraźnym i jednoznacznym oświadczeniem Protestującego, gdyż jest to dokument niepełny, wymagający uzupełnienia w wielu istotnych kwestiach, jak cena, termin wykonania czy wreszcie określenie stron. Powoływanie się przez Protestującego na art. 577 k.c. jest tym bardziej chybione, iż w momencie oceny zakresu jego zobowiązań gwarancyjnych umowa, która zdaniem Protestującego jest źródłem zobowiązań gwarancyjnych i rękojmi, nie jest jeszcze zawarta, a jeżeli zostanie podpisana z wybranym Wykonawcą to jej treść będzie musiała odpowiadać treści złożonej przez niego oferty, a nie odwrotnie. Przyjęta przez Protestującego argumentacja jest więc sprzeczna z zasadami Pzp i nie da się pogodzić z brzmieniem art. 140 Pzp, zgodnie z którym zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 16.08.2006 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-2283/06).

Przystępujący uznał, że nie może budzić wątpliwości, iż nie można oświadczenia o akceptacji wzoru niekompletnej umowy uznać za źródło odpowiedzialności w tytułu gwarancji i rękojmi. Po pierwsze brak jest podmiotu zobowiązanego, którym może być wykonawca zamówienia, po wtóre w dniu składania oświadczenia nie istnieje przedmiot tych praw. Przystępujący wskazał również, iż zgodnie z art. 577 k.c. i §18 ust.3 wzoru umowy, źródłem zobowiązania gwarancyjnego wykonawcy zamówienia będzie dokument odrębny od umowy tj. karta gwarancyjna.

W trybie art. 87 ust. 1 Pzp nie jest możliwe „poprawienie” treści oferty. Powołany przepis wprost zakazuje prowadzenia między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści w tym trybie. Wyłącznie na podstawie pkt 3 ust. 2 art. 87 Pzp Zamawiający mógłby dokonać poprawki w ofercie, jednak tylko w przypadku zajścia niezbędnych przesłanek jej dopuszczalności - mianowicie niezgodność oferty z SIWZ musiałaby powodować omyłkę i to o charakterze nieistotnym. W przedmiotowej sytuacji o omyłce ze strony Protestującego nie może być mowy - choć w Pzp nie występuje definicja legalna „omyłki” to przyjmuje się, że jest to taki błąd oferenta, co do którego nie zachodzą żadne wątpliwości, że jest wynikiem przeoczenia,

pomyłki czy niewłaściwego doboru stów. Podkreślił, że zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 16.05.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/O-1378/06: *„nie jest rolą i zadaniem Zamawiającego doszukiwanie się w całości złożonej oferty, hipotetycznej woli wykonawcy, jeżeli ten niewłaściwie wypełnia obligatoryjne załączniki wynikające z SIWZ, a tego właśnie wymaga Protestujący od Zamawiającego. Protestujący wypełniając ofertę na wzorze podanym w Załączniku nr 1 do SIWZ miał możliwość samodzielnego wpisania okresu gwarancji, co też uczynił. Co więcej treść tego oświadczenia rozwinął, wskazując, iż na montowane urządzenia udzieli gwarancji zgodnej z gwarancją producenta na okres nie krótszy niż 24 miesiące. Fakt, że wydrukował i parafował formularz ofertowy, w którym nie zmienił podyktowanych jego treścią oświadczeń nie uprawnia go do żądania, aby Zamawiający badał co było jego zamiarem i dostosowywał treść złożonego przez niego w ofercie wyraźnego oświadczenia woli, do powielonego przez niego załącznika do SIWZ.*

Odnośnie nieistotności omyłki Protestującego oraz jego twierdzeń, że skoro okres gwarancji nie jest kryterium oceny ofert, to może być przedmiotem poprawek. Przystępujący wskazuje, że z argumentacji Protestującego można wywieść, że jeżeli jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu jest cena, to wszystkie poprawki nie dotyczące ceny, będą miały charakter poprawek nieistotnych. Uznanie takiej argumentacji prowadziłoby do absurdalnego wniosku, że wszystkie niezbędne elementy oferty poza ceną, tj. oznaczenie Wykonawcy, termin i sposób wykonania zamówienia oraz warunki płatności, są nieistotne i mogą być dowolnie określane przez wykonawcę, a następnie dostosowywane przez Zamawiającego do warunków SIWZ. Podkreślił, że pośród wymienionych w art. 86 ust. 4 Pzp niezbędnych elementów ofert, jakie Zamawiający podaje podczas ich otwarcia, jest okres gwarancji, co świadczy o jego istotnym znaczeniu. Również w Rozdz. X ust. 14 lit. a SIWZ podanie okresu gwarancji uznana została przez Zamawiającego za niezbędne do oceny ofert. Słuszność stanowiska o istotności zamieszczonych w ofercie danych o okresie gwarancji potwierdza też wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 9.08.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/O-973/07, zgodnie z którym: *„należy także zwrócić uwagę obowiązek Zamawiającego wynikający z art. 86 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, który zobowiązuje go do podania okresu gwarancji podczas jawnego otwarcia ofert. Braki w tym zakresie uniemożliwiają mu zrealizowanie tego obowiązku i mogą być potraktowane przez pozostałych wykonawców jako naruszenie zasady równości i uczciwej konkurencji”*. W rozstrzyganej sprawie Odwołujący również podnosił, że jego oferta została odrzucona z naruszeniem prawa, gdyż sam fakt udzielenia przez niego gwarancji udokumentowany został jego oświadczeniem o wykonaniu zamówienia na warunkach określonych przez Zamawiającego i Zamawiający powinien domniemywać, że Odwołujący udzielił gwarancji zgodnie z SIWZ. Jego argumentacja została uznana przez Arbitrów za nie zasługującą na uwzględnienie. Skład orzekający uznał, że przyjęcie przez Zamawiającego oferty z brakiem

dotyczącym jej istotnego elementu, a więc okresu gwarancji, naruszyłoby przez Zamawiającego przepis art. 7 ust. 1 Pzp. Również w przedmiotowym postępowaniu należy stwierdzić, że poprawiając ofertę Protestującego w tym zakresie Zamawiający naruszyłaby przepisy Pzp i w związku z tym dopuściłby się nierównego traktowania Wykonawców. W świetle powyższego Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 24.04.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1120/06: *„oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom Zamawiającego wyrażonym w specyfikacji.(....) W przypadku zaistnienia tych przesłanek odrzucenie oferty przez zamawiającego jest obligatoryjne”* (tak również: wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 2.08.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/O-2179/06, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 16.08.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2283/06).

W ocenie Przystępującego, Zamawiający nie miał możliwości poprawienia zapisu dotyczącego okresu gwarancji bez istotnej ingerencji w treść oferty. Nawet gdyby Zamawiający działając z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprawił ofertę Protestującego w zakresie okresu gwarancji, to oferta złożona przez Skanska S.A. i tak podlegałaby odrzuceniu, ze względu na istotne i nieusuwalne błędy w kosztorysie ofertowym. Chodzi m.in. o dokonane zmiany ilości jednostek przedmiarowych oraz zmiany w opisach pozycji, co w świetle postanowień SIWZ było niedopuszczalne. Dla przykładu w *„Dokumencie Uzupelniającym do Dokumentacji Projektowej”* (str. 4 pkt 7.4) Zamawiający polecił, aby każdorazowo wymienione w dokumentacji typ rur DVK uzupełnić o indeks T tzn. rury ze złączką szczelinową. Protestujący nie uzupełnił kosztorysu w tym zakresie, w związku z czym w pozycjach 43,142 i 143 w kosztorysie 11 na *„Oświetlenie PPS, Linie kablowe NN-0,4 kV, usunięcie kolizji z istniejącą siecią energetyczną”* brak jest indeksu T, a więc Protestujący wycenił zwykłe rury DVK. Tym samym Protestujący naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz zasady ustalone w Rozdz. XII ust. 7 SIWZ, gdyż zaproponował wykonanie robót z użyciem materiałów niezgodnych z dokumentacją opisującą przedmiot zamówienia, co stanowi o oczywistej niezgodności treści oferty z SIWZ, której nie można uznać za omyłkę nieistotną, ani za oczywistą omyłkę pisarską czy rachunkową. Zamawiający nie może poprawić ww. błędu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, bowiem Protestujący nie zamieścił w żadnej części kosztorysu ceny jednostkowej dla rur DVK T - dokonanie rachunkowych poprawek jest więc w tym zakresie niemożliwe. Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 2.08.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2179/06 *„zamawiający nie może wyręczać wykonawców w ich profesjonalnym przygotowaniu oferty. (...) Przepis art. 82 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że treść oferty wykonawcy musi odpowiadać treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (...). Treść oferty nie odpowiada, z kolei, treści SIWZ jeżeli przykładowo wykonawca proponuje dłuższy niż określony w specyfikacji termin wykonania zamówienia, inne materiały lub różne ilości”*. Ze względu na

to oferta Protestującego, w ocenie Przystępującego, podlegała odrzuceniu, jako nie odpowiadająca treści SIWZ. Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 26.08.2009 r. faxem (pismo z dnia 25.08.2009 r.), poprzez jego oddalenie w całości. Ustosunkowując się do przedstawionych w proteście zarzutów Zamawiający stwierdził, co następuje:

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, odrzuceniu podlega każda oferta niezgodna z treścią SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Celem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp było danie Zamawiającym możliwości poprawiania ofert w przypadku, gdy zawierały one nieistotne omyłki, nie mające wpływu na treść złożonej oferty. Z przepisu wynika, że Zamawiający poprawia jedynie omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Istotnym jest, że Zamawiający żądał w SIWZ udzielenia przez Wykonawców, co najmniej 60 miesięcznej gwarancji na wykonany przedmiot zamówienia. Podkreślił, że ofertą jest sam formularz ofertowy i to on stanowi podstawę zobowiązania Wykonawcy, i jednocześnie określa warunki, na jakich zawarta zostanie umowa o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z tym, wpisanie przez Wykonawcę w treści formularza ofertowego okresu 36 miesięcznego powoduje, że brak jest możliwości poprawienia tego zapisu przez Zamawiającego bez zmiany treści samej oferty. Za całkowicie nieuzasadnione uznał argumenty Protestującego odnoszące się do faktu zaakceptowania przez niego wzoru umowy. Podstawowe znaczenie dla treści umowy jaka zostanie zawarta w ramach udzielonego zamówienia publicznego, ma bowiem treść samej oferty. To zapisy zawarte w formularzu ofertowym stanowią podstawę zobowiązania Wykonawcy. Nie można w związku z tym faktem, twierdzić, jakoby podstawą jego zobowiązania, a zarazem jego treścią, było zaakceptowanie wzoru umowy i zawartych w nim zapisów, gdyż w żadnym stopniu nie są one wiążące i mogą zostać zmienione, np. w sytuacji jeśli któryś z Wykonawców zaproponowałby dłuższy niż 60-miesięczny okres gwarancji.

W związku z powyższym Zamawiający nie uznał argumentu Protestującego odwołującego się do regulacji art. 577 kc i faktu, że umowa stanowi dokument gwarancyjny, co do jakości dostarczonych robót. W przedmiotowym przypadku nie mamy bowiem do czynienia z umową, lecz jedynie jej wzorem, który nie został podpisany. Podstawą podpisania stosownej umowy będzie zaś, co już zostało wielokrotnie podkreślone treść oferty, która w tym wypadku zawierała zobowiązanie do udzielenia jedynie 36, a nie 60 miesięcznej gwarancji (i taki też zapis musiałby się znaleźć w ewentualnej umowie, co byłoby niezgodne z zapisami SIWZ).

Podkreślił, że możliwość wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień jest uprawnieniem Zamawiającego (co zostało potwierdzone w wyroku KIO z dnia 10.02.2009 r.,

sygn. akt: KIO/UPZ 127/09), co powoduje że złożone wyjaśnienia mogą stanowić jedynie pomoc w rozstrzygnięciu wątpliwości, nie mogą jednak obligować Zamawiającego do podjęcia konkretnych działań. W przedmiotowej sprawie, na skutek wezwania Protestującego przyznał, że doszło do omyłki w wypełnieniu treści formularza ofertowego, zaś w związku z tym oświadczeniem i treścią samej oferty Zamawiający stwierdził, że poprawienie tej omyłki nie jest możliwe bez zmiany treści oferty.

Z treści przywołanego przepisu wynika, że Zamawiający może poprawić jedynie omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Bez wątplenia zmiana w formularzu ofertowym, okresu gwarancji z 36 na 60 miesięcy jest istotną zmianą treści oferty. Istotność zmiany oferty nie ma jeszcze odzwierciedlenia w orzecznictwie, ale słuszność stanowiska Zamawiającego w powyższym zakresie potwierdzona jest choćby w rozwiązaniach Konwencji wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów z dnia 11 kwietnia 1980 r., które są wskazywane jako pomocne przy wykładni regulacji polskiej (S. Dmowski, S. Rudnicki Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna. Warszawa 2004, s. 302) Wedle art. 19 ust. 3 Konwencji, dodatkowe lub odmienne warunki, dotyczące między innymi ceny, płatności, jakości i ilości towarów, miejsca i czasu dostawy, zakresu odpowiedzialności jednej ze stron względem drugiej lub sposobu rozstrzygnięcia sporów, uważa się za zmieniające w sposób istotny warunki oferty.

Niezrozumiały dla Zamawiającego jest argument podnoszony przez Protestującego odnoszący się do faktu, że kryterium wyboru Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu była jedynie cena. Podkreślił, że Zamawiający jako jeden z warunków udzielenia zamówienia podał konieczność zobowiązania się do udzielenia 60 miesięcznej gwarancji, w związku z czym wpisanie w ofercie terminu krótszego bez wątplenia stanowi o niezgodności oferty z SIWZ.

W dniu 03.09.2009 r. (data nadania u publicznego operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu w całości wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i wnioski z protestu. Odnosząc się do rozstrzygnięcia protestu stwierdził, że w szczególności chybiony jest pogląd Zamawiającego, iż ofertę stanowi wyłącznie sam formularz oferty. Jest wręcz przeciwnie - *treścią oferty nie jest tylko formularz ofertowy, w którym zostaje wyrażone najczęściej oświadczenie woli o chęci przystąpienia do wykonania zamówienia wraz z określeniem ceny czy sposobu wykonania, ale na treść oferty składają się również wszystkie dokumenty doprecyzowujące i dookreślające oświadczenie woli wykonawcy. W szczególności na ofertę będzie składało się wskazanie przez wykonawcę sposobu w jaki będzie wykonywał zamówienie* (wyrok KIO z dnia 14.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 412/09). Dlatego też całokształt dokumentów składających się na ofertę stanowi podstawę zobowiązań wykonawcy, a w niniejszym

przypadku pierwszorzędne znaczenie dla zobowiązania wykonawcy w zakresie długości okresu gwarancji ma zaakceptowany przez niego wzór umowy. Co więcej Zamawiający pozostaje w błędzie twierdząc, iż rzekomo postanowienia wzoru umowy nie są wiążące i istnieje możliwość ich zmiany, gdyż na przeszkodzie tego typu działaniom stoi art. 140 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp. Skoro Zamawiający na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp wprowadził do SIWZ wzór umowy, co jest równoznaczne z wymogiem zawarcia przez wykonawcę z Zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach, to nie ma prawnej możliwości zawarcia takiej umowy z jakimikolwiek zmianami, a Zamawiający - gdyby wykonawca powołując się na treść formularza oferty - próbował wymusić wprowadzenie takich zmian, byłby nie tylko uprawniony, ale i zobowiązany do potraktowania takiego zachowania jako uchylenie się od podpisania stosownej umowy, przy jednoczesnym zatrzymaniu wadium (art. 94 ust. 2 Pzp). Okoliczności te przesądzają o „nieistotności” omyłki w ofercie Skanska SA, gdyż jej poprawa w żaden sposób nie wpływała na zmianę zobowiązań z tytułu gwarancji i rękojmi, skoro te wynikały z oświadczenia złożonego w pkt 6 oferty oraz z § 18 wzoru umowy.

Odwołujący wskazał, że podobnie w tej sprawie wypowiedziała się KIO w wyroku z dnia 03.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 88/09, KIO/UZP 89/09 przyjmując, że wprowadzenie do SIWZ przez Zamawiającego wzoru umowy zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp i zaakceptowanie tego wzoru przez wykonawcę poprzez złożenie w treści oferty stosownego oświadczenia decyduje „... o tym, iż jest to wzór przyszłej umowy, a nie projekt, który nie ma charakteru wiążącego i który przy podpisywaniu przez strony może ulec modyfikacji...”, a przyjęcie przez wykonawcę samego wzoru umowy, w którym Zamawiający wskazał konkretny warunek umowny (w niniejszej sprawie: okres gwarancji), powoduje, iż przyjmuje on charakter wiążący, o ile warunek ten nie stanowi jednocześnie kryterium oceny ofert. Natomiast akceptowane - jak się wydaje - przez Zamawiającego ewentualne zaproponowanie przez wykonawcę w ofercie dłuższego niż wymagany w SIWZ okresu gwarancji musiałoby być potraktowane zgodnie z obowiązującymi przepisami dokładnie tak samo jak wpisanie okresu krótszego, tj. w zależności od wyjaśnień oferenta bądź jako zmierzona niezgodność z SIWZ (skutkująca odrzuceniem oferty), bądź jako nieistotna omyłka podlegająca poprawieniu.

Skoro więc Zamawiający i wybrany wykonawca nie będą mieć żadnej prawnej możliwości zawarcia umowy o innej treści niż ta zawarta w Załączniku nr 4, zatem taka właśnie umowa - zgodna z przedmiotowym wzorem - stanie się jedynym źródłem odpowiedzialności wykonawcy w zakresie odpowiedzialności gwarancyjnej. Tym samym więc Zamawiający odrzucając ofertę naruszył art. 577 k.c, skoro bez względu na nieistotne omyłki zawarte w formularzu oferty zawsze istniał będzie obowiązek zawarcia umowy zgodnej z wzorem (Załącznik nr 4), która jest jedynym źródłem kreującym odpowiedzialność

gwarancyjną wykonawcy - o okresie 60 miesięcy.

Odnosząc się do argumentacji Przystępującego podniósł, iż całkowicie nietrafne jest jego stwierdzenie, że: *„...to właśnie oświadczenie woli Wykonawcy stanowiące ofertę oraz jej przyjęcie przez Zamawiającego poprzez wybór tej oferty jako najkorzystniejszej ma doniosłe znaczenie prawne i powoduje powstanie po stronie Zamawiającego obowiązku zawarcia umowy o zamówienie publiczne z wykonawcą, którego oferta została wybrana”*. Pzp reguluje specyficzny sposób powstawania zobowiązań, który nie polega na „prostym” przyjęciu oferty przez Zamawiającego. Źródłem zobowiązań jest bowiem umowa zawierana przez Wykonawcę i Zamawiającego (art. 94 ust. 2 Pzp). Jeśli chodzi o zarzuty Warbud S.A. dotyczące błędów w kosztorysie ofertowym, to Odwołujący pozwala sobie nie odnosić się do nich, albowiem nie stanowią one w ogóle przedmiotu postępowania. Kopie treści odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (wpływ bezpośredni).

W dniu 04.09.2009 r. Zamawiający przekazał Warbud SA (faxem) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 13.10.2009 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) przystąpiła do postępowania odwoławczego firma Warbud SA po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego oraz odrzucenia odwołania w zakresie pozostałych zarzutów. Przystępujący wnosił o:

- oddalenie odwołania jako oczywiście nieuzasadnionego,
- utrzymanie w mocy czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako oferty, której treść jest niezgodna z SIWZ,
- utrzymanie w mocy legalnej czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej i uznaniu za taką oferty Przystępującego. Przystępujący w całości podtrzymał oraz ponowił wszystkie zarzuty, żądania oraz argumentację przedstawioną w złożonym przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia przez Odwołującego protestu.

Fakt zastosowania w przedmiotowym postępowaniu jako jedyne kryterium oceny ofert ceny pozostaje ambiwalentny w stosunku do ujawnionej wady w treści oferty. Teza Wykonawcy sprowadza się do uznania, iż skoro wyłącznym kryterium oceny ofert jest cena to jakkolwiek wada dotycząca treści oferty nie powodowałaby podstawy do odrzucenia oferty. Fakt, iż okres świadczeń gwarancyjnych nie stanowił kryterium oceny ofert nie oznacza, iż zaoferowanie przez wykonawcę zdecydowanie krótszej gwarancji niż wymagana przez organizatora przetargu nie skutkuje odrzuceniem takiej oferty.

Wskazuje na wewnętrzną sprzeczność treści oferty Wykonawcy, gdyż z jednej strony deklaruje on akceptację wzoru umowy a jednocześnie czyni w treści oferty dodatkowy warunek dla przyjęcia oferty - gdy warunkiem zawarcia umowy z Zamawiającym ma być

akceptacja przez Zamawiającego ograniczonego w stosunku do wymaganego w SIWZ okresu gwarancji. Z faktu wezwania przez Zamawiającego Odwołującego do udzielenia wyjaśnień należy wywieść, iż brak jest po stronie Zamawiającego możliwości ustalenia treści oferty Wykonawcy. Zarzucana Zamawiającemu rzekoma niekonsekwencja Zamawiającego - wezwanie do wyjaśnień oferty a następnie odrzucenie jej - nie miała w postępowaniu miejsca. Nie można Zamawiającemu czynić zarzutu ze skorzystania z uprawnienia kształtowanego dyspozycją art. 87 ust 1 Pzp. (wyrok z dnia 30.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1120/08: *„Żądanie wyjaśnień jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem Zamawiającego”*, tak również - wyrok z dnia 07.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 256/08 - *żądanie wyjaśnień nie należy do obowiązków zamawiającego a jedynie do jego uprawnień.*)

Skutkiem wezwania do wyjaśnienia treści oferty było żądanie Wykonawcy poprawienia przez Zamawiającego treści oferty na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający oceniając zakres niezgodności treści oferty z SIWZ i jego znaczenie dla treści oferty jaki musiałby zostać poprawiony w żądanym trybie uznał, iż procedura ta nie może być zastosowana i dokonał czynności odrzucenia tej oferty. *Zamawiający, dokonując oceny ofert pod kątem zastosowania ustawowej przesłanki sprzeczności oferty z SIWZ do odrzucenia oferty, powinien brać pod uwagę przede wszystkim treść samej oferty; wyjaśnienia udzielone w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. mogą co najwyżej potwierdzać ewentualną sprzeczność oferty z SIWZ.* (wyrok KIO z dnia 22.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 860/09; sygn. akt: KIO/UZP 925/09).

Nie może świadczyć o „oczywistości i nieistotności omyłki” dla Zamawiającego choćby fakt, iż skorzystał on z prawa do udzielenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust 1 Pzp. Wskazał, iż czynność zawarcia umowy o zamówienie publiczne jest czynnością odrębną od samego postępowania o zamówienie publiczne (art. 94 ust. 2 Pzp) - *jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (...) zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert, bez przeprowadzania ich ponownej oceny (...).* Zatem pomimo deklaracji zawarcia umowy o zamówienie publiczne zawartej w treści formularza oferty, Wykonawca ma prawo odmowy kontraktowania (ze skutkiem w postaci utraty wadium - art. 46 ust. 5 Pzp). Tym samym nieuprawniona jest argumentacja z deklaracji o woli zawarcia umowy zgodnej z wzorem zawartym w SIWZ w sytuacji gdy już sama oferta (a więc na etapie postępowania poprzedzającym zawarcie umowy) jest sprzeczna z wymaganiami SIWZ. Tym samym deklaracja Wykonawcy dotycząca ewentualnych przyszłych czynności (zawarcie umowy jako skutek zakończenia postępowania) wobec wyraźnej i jednoznacznej deklaracji dot. oferowanego okresu gwarancji jest bezwartościowa. Dodatkowo wskazał należy, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO, iż ogólna deklaracja wykonawcy o zgodności czy to treści oferty z SIWZ czy też woli zawarcia umowy zgodnej z SIWZ nie ma

pierwszeństwa wobec jednoznacznej i odmiennej treści oferty złożonej w postępowaniu. Wyrok z dnia 11.06.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1144/08: *„Zamawiający, po wpisaniu do specyfikacji wymogu wykazania przez wykonawcę szczegółowych cech oferowanego przedmiotu, jest obowiązany sprawdzić spełnienie szczegółowych wymagań przez wykonawcę. Zamawiający podczas badania nie może poprzestać na ogólnym stwierdzeniu wykonawcy zawartym w formularzu oferty.”*. Wyrok z dnia 06.04.2007r.ZA, sygn. akt: UZP/ZO/0-637/07: *„Nie można uznać, że treść oferty jest zgodna z SIWZ tylko na podstawie oświadczenia wykonawcy, bowiem oświadczenie takie ma charakter ogólny i jest uszczegółowiane dalszymi zapisami tejże oferty. W wypadku zaistnienia sprzeczności pomiędzy owym ogólnym zobowiązaniem a szczegółowymi zapisami oferty istotniejsze znaczenie ma zapis szczegółowy.”*

Odnosząc się do argumentu, że dopiero umowa stanowi źródło odpowiedzialności gwarancyjnej i zobowiązanie gwarancyjne i rękojmiane Wykonawcy należy wskazać iż zgodnie z art. 140 ust 1 Pzp - zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Reasumując powyższą argumentację, w ocenie Przystępującego fakt złożenia (dodatkowo niejako wymuszonego treścią formularza ofertowego narzuconego przez Zamawiającego wg wzoru zawartego w SIWZ) ogólnej deklaracji zawarcia umowy nie sanuje sprzeczności treści oferty z SIWZ, która jest bezsporna.

To właśnie z treści oferty - formularz ofertowy zawierający *essentialia negotii* treści oferty - wynika ewidentna sprzeczność treści oferty Odwołującego z SIWZ. Jak wskazuje orzecznictwo wyrok z dnia 06.26.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 721/09: *„O zakresie zobowiązania wyrażonego w ofercie wykonawcy w pierwszej kolejności przesądza jego treść, której materialnym substratem jest pismo wykonawcy, przedstawiające np. w formie formularza ofertowego cenę, sposób wykonania czy inne warunki zobowiązania, które wykonawca podejmuje”*; Wyrok z dnia 01.23.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 62/09: *„Interpretacja art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. nakazuje odniesienie normy art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w sposób opisany przez zamawiającego w SIWZ”*.

Odnosząc się do kwestii zagadnienia poprawienia omyłki w treści oferty w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp. Procedura opisana w art. 87 ust 2 pkt 3 stanowi wyjątek od zasady wyrażonej w przepisie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp. Tym samym zgodnie z zasadami interpretacji regulacji wyjątkowych nie można nadawać im znaczenia rozszerzającego. A zatem dla

niedokonania czynności odrzucenia oferty której treść nieodpowiada treści SIWZ Zamawiający winien wykazać iż przesłanki poprawienia treści oferty określone w art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp zaistniały. Odwołujący żądając dokonania przez Zamawiającego poprawienia treści oferty w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp powołuje się na kodeksową wykładnię oświadczeń woli. Przystępujący podkreślił, iż w doktrynie i judykaturze (m. in. A. Kidyba (red.), K. Kopaczyńska-Pieczniak, E. Niezbecka, Z. Gawlik, A. Janiak, A. Jedliński, T. Sokołowski, Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, LEX, 2009) dominuje stanowisko, że na gruncie art. 65 kodeksu cywilnego zastosowanie znajduje kombinowana metoda wykładni, oparta na kryteriach subiektywnym i obiektywnym. W uzasadnieniu uchwały Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 1995 r. (III CZP 66/95) wyrażono zdanie, że stosowanie metody kombinowanej do oświadczeń woli obejmuje zasadniczo dwie fazy. W pierwszej fazie sens oświadczenia woli ustala się, mając na uwadze rzeczywiste ukonstytuowanie się znaczenia między stronami. Na tym etapie wykładni priorytetową regułą interpretacyjną oświadczeń woli składanych indywidualnym adresatom stanowi rzeczywista wola stron. Podstawę prawną do stosowania wykładni subiektywnej stanowi art. 65 § 2 kodeksu cywilnego. Jeżeli natomiast okaże się, że strony nie przyjmowały tego samego znaczenia oświadczenia woli, konieczne jest przejście do drugiej fazy wykładni (obiektywnej), w której właściwy dla prawa sens oświadczenia woli ustala się na podstawie przypisania normatywnego, czyli tak, jak adresat sens ten zrozumiał i rozumieć powinien. Decydujący jest normatywny punkt widzenia odbiorcy, który z należyłą starannością dokonuje wykładni zmierzającej do odtworzenia treści myślowych osoby składającej oświadczenie woli. Przeważa tu zatem ochrona zaufania odbiorcy oświadczenia woli nad wola, a ściślej nad rozumieniem nadawcy. Nadawca bowiem formułuje oświadczenie i powinien uczynić to w taki sposób, aby było ono zgodnie z jego wola rozumiane przez odbiorcę. *„Przedmiotem wykładni jest oświadczenie woli uzewnętrznione. Wykładnia oświadczenia woli zmierza do ustalenia właściwej treści oświadczenia, a nie okoliczności sprzecznych z jeno treścią lub wcale nią nieobjętych. W drodze wykładni nie można uzupełniać oświadczenia woli o dalsze elementy materialnoprawne (por. orz. SN z dnia 28 czerwca 1945 r., C 1/45, OSN 1945-1946, poz. 1; PiP 1946, z. 5-6, s. 185).* Reasumując powyższy zarzut w ocenie Przystępującego naruszenia art. 65 KC przez adresata jednostronnego oświadczenia woli jakim jest oferta w postępowaniu o zamówienie publiczne nie potwierdził się.

Podczas oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ znaczenie ma wyłącznie treść złożonej w formie pisemnej pod rygorem nieważności oferty, nie zaś przedstawiane na obecnym etapie postępowania oświadczenia wykonawcy. Czasokres świadczeń gwarancyjnych stanowi istotny element treści oferty składanej w przedmiotowym postępowaniu. Znaczna wartość zamówienia, jego technologiczne zaawansowanie,

znaczenie robót dla bezpieczeństwa ruchu lotniczego wymuszają najwyższy standard wykonawstwa. Z powyższym ściśle związane są obowiązki (w przedmiotowym przypadku wymagane na minimalnym poziomie przez Zamawiającego) dotyczące świadczeń gwarancyjnych. Czas realizacji zobowiązań gwaranta uwzględniając wartość przedmiotu zamówienia wymusza uwzględnienie przez Wykonawcę w cenie oferty również kosztownego okresu gwarancji i spełnienia standardów świadczenia takich usług - vide § 18 oraz 19 umowy. Zgodnie z § 18 ust 5 umowy: *„Wykonawca ponosi wszelką odpowiedzialność w tym finansową, za wystąpienie szkód i strat w wyniku zaistnienia wad w Przedmiocie Umowy, zgłoszonych Wykonawcy w okresie gwarancji”*. Wskazał dodatkowo, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający celowo dokonał wydłużenia - w stosunku do kodeksowego wynoszącego 3 lata - okresu świadczeń rękojmiowych vide art. 568. § 1 KC - wady budynku. Zobowiązania wykonawców z tytułu gwarancji zostały przez Zamawiającego określone na poziomie wymaganym 60 miesięcy. Odwołujący złożył ofertę, w której zaoferowany okres świadczeń gwarancyjnych ograniczył, bez zgody Zamawiającego, do 36 miesięcy. Przywołał aktualne orzecznictwo KIO w zakresie interpretacji art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp. Wyrok KIO z dnia 10.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 691/09: *„Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. daje zamawiającemu możliwość poprawiania uchybień w ofertach merytorycznie poprawnych, w celu zapobieżenia ich eliminacji z postępowania z przyczyn wyłącznie formalnych lub nie mających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego świadczenia. Zakres możliwych do poprawienia omyłek powinien być interpretowany możliwie najszerszej, pod warunkiem braku skutku w postaci istotnych zmian w treści oferty”*. W wyroku z dnia 28.04.2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 455/2009 dodatkowo KIO podniosła iż: *„celem regulacji art. 87 ust. 2 ustawy Pzp nie jest poprawianie wszystkich braków, czy też błędów kosztorysowych, a jedynie umożliwienie zamawiającemu poprawienia niektórych omyłek w treści oferty, czy to pisarskich, rachunkowych czy też innych polegających na niezgodności treści oferty z SIWZ. Wystąpienie omyłki nie może pozostawiać wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy.”* Jednocześnie w wyroku z dnia 17.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 393/09; KIO/UZP 397/09 wskazuje, że: *„Celem złożenia oferty jest uzyskanie zamówienia. Wykonawca ma świadomość, że osiągnięcie tego celu jest możliwe tylko wówczas, gdy złoży ofertę odpowiadającą w pełnym zakresie temu, co wymagał zamawiający”*.

A zatem dopuszczona art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp ingerencja w treść oferty może być możliwa jedynie w przypadku, gdy poprawa dokonana przez Zamawiającego nie będzie prowadziła do zmiany zaoferowanego przez wykonawców świadczenia - wyrok KIO z dnia 20.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 267/08. Wskazał że, zgodnie z jednolitą linią orzeczniczą KIO okoliczność, czy dokonane poprawki nie powodują istotnych zmian w treści oferty należy do oceny Zamawiającego - tak Wyrok KIO z dnia 28.01.2009 r., sygn. akt: KIOUZP 59/09.

Istotnym jest bowiem, że nie tylko wykonawcy, ale przede wszystkim Zamawiający jest zobowiązany przestrzegać zapisów specyfikacji i w jednakowy sposób je stosować w stosunku do wszystkich wykonawców - tak wyrok KIO z dnia 30.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 759/09. Zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, musi mieć zatem pewne granice, wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców przy zachowaniu zasad logiki. Z powyższego wynika zatem, że celem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest poprawienie drobnych omyłek, nie zaś naprawianie błędów będących wynikiem braku należytej staranności, do której wykonawcy są szczególnie zobowiązani.

Kluczową kwestią dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie było, w ocenie Przystępującego, ustalenie konsekwencji dla nie dotrzymania wymogu określonego przez Zamawiającego w zakresie gwarancji na oferowany produkt na okres 60 miesięcy. Zaznaczył, że Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał w SIWZ, że oczekuje żeby oferowany produkt był objęty 60-cio miesięczną gwarancją. Powyższe oznacza zatem, iż Zamawiający oczekiwał, że każdy z wykonawców składających ofertę obejmie przedmiot zamówienia co najmniej 5-letnią gwarancją. Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania zmian oferty w zakresie samowolnego wydłużenia proponowanego przez Odwołującego okresu gwarancji, gdyż mogłoby to zostać uznane za dokonanie zmiany treści oferty. Byłoby to niezgodne z treścią art. 87 ust. 1 *in fine*. Poprawa oferty musiałaby polegać na całkowitej zmianie okresu gwarancyjnego i wydłużeniu go aż 24 miesiące. Bezsprzecznie powyższa modyfikacja stanowiłaby zatem istotną zmianę treści oferty, do wprowadzania której nie uprawnia Zamawiającego dyspozycja art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp.

Zauważył, że niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, nie stanowiłoby zaoferowanie przez wykonawców gwarancji opiewającej na okres dłuższy niż wymagał tego zamawiający, czyli przekraczający 60 miesięcy. Wnioskując zatem *a contrario* zaoferowanie w treści oferty okresu gwarancji krótszego o 2 lata w stosunku do wymaganego przez Zamawiającego w SIWZ, powoduje istotną niezgodność takiego zapisu ofertowego z treścią SIWZ a w konsekwencji konieczność odrzucenia oferty zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jednocześnie zaznaczyć należy, że *nie ma znaczenia fakt, iż poprawienie omyłki jest prostym działaniem, ani iż wiadomo, w jaki sposób te omyłkę można by poprawić, gdyż to nie łatwość w poprawieniu omyłki, lecz jej istotność jest przesłanką wskazaną w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp* - tak wyrok KIO z dnia 23.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 34/09. Przy tym ww. przepis nie znajduje zastosowania do korekty przedmiotowo istotnych elementów treści oferty, a za taki należy bezsprzecznie uznać zapis dotyczący terminu gwarancji udzielonej na przedmiot zamówienia. Dodatkowo KIO w wyroku z dnia 26.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 721/09 z całą stanowczością podkreśliła, że stopień zawinienia omyłki dla zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie ma znaczenia. W wyroku z dnia 8.04.2009 r., sygn. akt:

KIO/UZP 388/09, wskazano, że: „stosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. winno odnosić się do zgodności treści oferty, czyli zobowiązania wykonawcy i sposobu jego formalnego wyrażenia, które stanowi materialny substrat oferty (składane formularze ofertowych, kosztorysy, projekty, dokumenty etc), z wymaganiami SIWZ”. Uznał, że odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. było w pełni uzasadnione. Przyznać zasadność Zamawiającemu w zakresie jego decyzji w przedmiocie niezastosowania dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w odniesieniu do możliwości dokonania modyfikacji wskazanego w ofercie Odwołującego okresu gwarancji. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu (wpływ bezpośredni).

W dniu 13.10.2009 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) wpłynęła odpowiedź na odwołanie od Zamawiającego, w której wnosił o: a) oddalenie odwołania w całości, b) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według przedstawionego ma rozprawie rachunku.

Zamawiający odnosząc się do naruszenie art. 91 Pzp podkreślił, że podstawą odrzucenia oferty SKANSKA S.A. była jej niezgodność z SIWZ. Ewentualny wybór oferty Odwołującej spowodowałby konieczność wydatkowania środków publicznych w sprzeczności z reżimem Pzp, co z pewnością jest uchybieniem, nie jest nim natomiast wybór oferty sporządzonej w sposób prawidłowy i zgodny z Pzp, nawet biorąc pod uwagę jej wyższą cenę. Odwołującemu jako podmiotowi biorącemu udział w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, znany jest z pewnością wymóg, który stanowi, że Zamawiający dokonuje wyboru oferty najtańszej (przy założeniu wagi kryterium oceny - 100% cena) spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. W niniejszym postępowaniu natomiast oferta SKANSKA S.A. pomimo najniższej ceny była niezgodna z treścią SIWZ, w związku z czym Zamawiający zmuszony był ją odrzucić i wybrać ofertę kolejną pod względem wartości.

Całkowicie niezrozumiała jest także argumentacja Odwołującej, odnosząca się do okoliczności, iż w związku z tym, że jedynym kryterium wyboru w przedmiotowym postępowaniu była cena, to omyłka w formularzu ofertowym tj. wpisanie krótszego niż oczekiwany okresu gwarancji nie powoduje niezgodności tej oferty z SIWZ. Jednym z warunków udzielenia zamówienia było zaoferowanie 60 miesięcznej gwarancji na wykonane roboty budowlane. Jednoznacznie kwestia ta została uregulowana w Rozdz. X pkt 14 SIWZ (także Rozdz. III pkt 4, ppkt 1), gdzie sprecyzowano, że na ofertę składają się: Oferta - przygotowana zgodnie ze wzorem podanym w Załączniku Nr 1 do specyfikacji, zawierająca niezbędne do oceny ofert dane: cenę ofertową brutto za przedmiot zamówienia zawierającą całkowite wynagrodzenie netto (wynikające z Kosztorysu Ofertowego) wraz

należnym podatkiem VAT, termin realizacji zamówienia, czasokres udzielonej gwarancji oraz termin płatności faktur, a ponadto Formularz Cenowy Oferty - Formularz Cenowy Oferty, Kosztorys Ofertowy, Dokument potwierdzający wniesienie wadium. Wykaz prac powierzonych podwykonawcom. W żadnym wskazanym powyżej punkcie nie wymieniono wzoru umowy jako składnika oferty, natomiast co najbardziej istotne przewidziano, że zapisy jakie Wykonawca umieści w Ofercie przygotowanej w oparciu o Załącznik nr 1 będą podstawą oceny złożonych ofert. Jako jeden z elementów, który miał być oceniany Zamawiający jasno i w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wskazał czasokres udzielonej gwarancji, który musiał wynosić minimum 60 miesięcy. Tak długi okres wymagany był ze względu na szczególną wagę przedmiotu zamówienia dla działalności Zamawiającego. W przypadku braku zastrzeżenia tak długiej gwarancji wykonane zamówienie nie odpowiadałoby potrzebom Zamawiającego. Fakt wpisania we wzorcu umownym przez Zamawiającego 60 miesięcznego okresu gwarancji powoduje jedynie taki skutek, że Zamawiający potwierdził zapis zawarty wcześniej w SIWZ, iż Wykonawcy, którzy zaoferują krótszy okres gwarancji nie będą mogli uzyskać zamówienia publicznego. Wzór umowy, co potwierdzone zostało regulacją zawartą w Rozdz. XVI SIWZ jest niczym innym jak integralną częścią SIWZ, co powoduje, że w przypadku gdy Wykonawca złożył oświadczenie o udzieleniu gwarancji w innym wymiarze, niż wskazany w przepisie Rozdz. III pkt 4 ppkt 1 SIWZ, a także wzorze umowy powoduje niezgodność tej oferty ze SIWZ. Dodatkowo stwierdził, że brak jest w tym przypadku możliwości interpretowania powyższej sytuacji jako omyłki powodującej konieczność jej poprawienia przez Zamawiającego.

Nawet jednak jeśli przyjąć, że w trakcie wpisywania wartości okresu gwarancyjnego do oferty doszło do omyłki, to i tak omyłka ta nie mogłaby zostać poprawiona ze względu na fakt, że należałoby traktować ją jako omyłkę istotną, a ponadto jakakolwiek korekta okresu gwarancji wpisanego przez Wykonawcę powodowałyby zmianę treści oferty, co jest niedopuszczalne. W złożonej przez Wykonawcę ofercie, a konkretnie formularzu ofertowym, który przez część doktryny uważany jest za ofertę *sensu stricte*, zawarty został zapis, że udziela on na przedmiot zamówienia 36 miesięcznej, a nie jak wymagała SIWZ 60 miesięcznej gwarancji. Niezgodność ta spowodowała odrzucenie oferty jako nieodpowiadającej treści SIWZ.

Zdaniem Odwołującego błędne wpisanie krótszego okresu gwarancji nie powoduje, że omyłka taka może być traktowana jako istotna i zmieniająca treść oferty, a co za tym idzie powinna zostać poprawiona przez Zamawiającego na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3. Twierdzenie to należy uznać za chybione. Przedstawił poglądy doktryny w tych kwestiach oraz orzecznictwa precyzującego, czym jest istotność omyłki, a co za tym idzie na czym polega istotna zmiana treści oferty.

W wyroku KIO z dnia 17.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP/77/07, stwierdzono, że: „(...) *oczywista omyłka jest pewnym rodzajem niedokładności, przypadkowym przeoczeniem czy też oczywistym błędem pisarskim, który polega na mylnym użyciu wyrazu, jego pisowni albo też opuszczeniu jakiegoś wyrazu. Trudno więc przyjąć, iż zmiana daty wykonania określonej części zamówienia jest oczywistą omyłką pisarską, zwłaszcza że skutkuje zmianą treści oferty (...)*”. Na zasadzie analogii za zmianę treści oferty należałoby więc uznać ewentualną zmianę zapisu odnoszącego się do okresu udzielonej gwarancji, w stosunku do pierwotnego oświadczenia Wykonawcy. Zgodnie z treścią art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zmiana taka nie może więc być dokonana przez Zamawiającego.

Ponadto odnosząc się do wyroku KIO z dnia 23.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 62/09 o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w sposób opisany przez Zamawiającego w SIWZ. Z całą pewnością zawarcie w ofercie krótszego niż wymagany okresu gwarancji powoduje niezgodność oferty z SIWZ, jest uchybieniem istotnym i stanowi podstawę do odrzucenia oferty.

Kwestia istotności zmian treści oferty była już przedmiotem omówienia w przypadku innych aktów prawnych. Jednym z nich jest Konwencja wiedeńska o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów z 11 kwietnia 1980 r., która jest wskazywana jako pomocna przy wykładni regulacji polskiej (S. Dmowski, S. Rudnicki Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna. Warszawa 2004, s. 302) Wedle art. 19 ust. 3 Konwencji dodatkowe lub odmienne warunki, dotyczące między innymi ceny, płatności, jakości i ilości towarów, miejsca i czasu dostawy, zakresu odpowiedzialności jednej ze stron względem drugiej lub sposobu rozstrzygania sporów, uważa się za zmieniające w sposób istotny warunki oferty.

Odnosnie kwestii istotności zmian, jakie Zamawiający może poprzez poprawki omyłek Wykonawców wprowadzić do oferty przywołał orzecznictwo KIO, iż jedną z podstaw oceny „*istotności*” poprawy dokonywanej w tym trybie w ofercie jest wartość (wielkość) zmienianego w ramach omyłki elementu oferty w stosunku do całego zamówienia. (...). W niniejszym postępowaniu, nie może zostać uznana za „*nieistotną*” omyłka, w przypadku gdy ewentualna zmiana treści oferty wynosiłaby prawie 50% czasu gwarancji, jaki był wymagany w SIWZ.

Przywołał także *ratio legis* nowelizacji z 2008 r., zgodnie z uzasadnieniem: „*Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą się pojawić w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego.*”. W przypadku kosztorysów ofertowych mamy bowiem do czynienia z koniecznością wypełnienia wielu rubryk, w trakcie którego może dojść do powstania błędów. W takim przypadku omyłkowe wypełnienie choćby jednej rubryki mogłoby spowodować konieczność odrzucenia oferty przez Zamawiającego. Regulacja art. 87 ust. 2

pkt 3 Pzp wprowadzona została, by takim wypadkom zapobiec. Dodatkowo podkreślił, iż to rolą, zadaniem i wolą Wykonawcy - a nie Zamawiającego - jest złożenie ważnej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zadaniem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania przetargowego oraz badanie i ocena ofert, a nie „dopasowywanie” ofert do SIWZ, w tych wszystkich zakresach, gdzie stwierdza się niezgodność oferty z zapisami SIWZ. W okolicznościach wprowadzania nowelizacji Pzp w zakresie art. 87 ust. 2 pkt 3 wielu znawców i autorytetów z zakresu zamówień publicznych wyrażało swe wątpliwości, co do tego zapisu ustawy, wskazując, że będzie on prowadził do sytuacji, w której: *„Firmy zaczną się domagać poprawiania każdego błędu, a jeśli zamawiający odmówi, to złożą protest”* (cytat z wypowiedzi Jacka Sadowego - Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na łamach dziennika „Rzeczpospolita”) - co zdaje się mieć miejsce właśnie w przedmiotowym postępowaniu.

Argumentem, który zdaniem SKANSKA S.A. przemawiał za obowiązkiem poprawienia oferty przez Zamawiającego, jest fakt, że zwrócił się on z pismem do Wykonawcy w celu wyjaśnienia, dlaczego w ofercie podany został krótszy okres gwarancji, niż ten który zawarty został w SIWZ oraz wzorze umowy. Należy w związku z tym podnieść, że czynność wyjaśniania treści oferty jest przywilejem Zamawiającego i nie można wyciągać z niej negatywnych dla niego konsekwencji. Działanie Zamawiającego należy jednocześnie uznać za racjonalne, gdyż wezwał on Wykonawcę do wyjaśnienia rozbieżności w treści oferty ze wzorem umowy i zapisami SIWZ, na co ten odpowiedział, że doszło do omyłki, którą Odwołująca uznała za mało istotną. Zamawiający zgodnie z obowiązującą linią orzeczniczą i poglądami doktryny nie podzielił tego stanowiska i stwierdził, że ewentualne poprawienie oferty SKANSKA S.A. w związku z tym, że zawiera ona błąd odnośnie długości okresu udzielonej na przedmiot zamówienia gwarancji, spowoduje de facto istotną zmianę treści tej oferty, co jest niedopuszczalne w świetle przepisów Pzp. Zgodnie z przywołany już wyżej wyrokiem KIO z dnia 17.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 77/07: (...) *wyjaśnienia treści oferty nie mogą skutkować wprowadzaniem jakichkolwiek zmian w treści złożonego dokumentu.*

Jako podstawę wniesienia odwołania SKANSKA S.A. podniosła także okoliczność, że składając ofertę zaakceptowała wzór umowy stanowiący część SIWZ, w którym wpisane zostało zobowiązanie, że Wykonawca udzieli 60 miesięcznej gwarancji na wykonany przedmiot zamówienia. Zdaniem Odwołującego, fakt akceptacji tego wzoru jest ważniejszy, niż okoliczność wpisania w formularzu ofertowym krótszego - 36 miesięcznego okresu gwarancji. W treści odwołania SKANSKA S.A. przywołuje przepisy Kodeksu cywilnego odnoszące się do wykładni oświadczeń woli art. 56 kc oraz art. 577 kc (regulujący kwestę gwarancji) oraz orzecznictwo KIO, które ma stanowić potwierdzenie stanowiska Odwołującej. Należy w związku z tym podkreślić, że żaden z tych przepisów nie znajduje zastosowania

w przypadku przedmiotowego postępowania, a także orzeczenia przywołane przez SKANSKA S.A. zostały wydane w innych niż zastany stanach faktycznych.

Zgodnie z art. 139 ust 1 Pzp *do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*. Istotnym jest, że na obecnym etapie postępowania nie doszło jeszcze do zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym regulacje Kodeksu cywilnego nie będą miały zastosowania, nie można wywodzić jakichkolwiek obowiązków stron ze stosunku zobowiązaniowego, który nie istnieje. Dodatkowo przywołany przepis stanowi, że pierwszeństwo w przypadku regulacji dotyczących kwestii umów zawieranych w przetargach prowadzonych na podstawie Pzp mają przepisy tej ustawy. Potwierdzeniem powyższego jest teza orzeczenia Zespołu Arbitrów z dnia 9.03.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-221/07, która stanowi: *„(..) Swobodne kształtowanie postanowień umowy jest ograniczone przepisami ustawy pzp, jednakże w zakresie nieuregulowanym w ustawie podlega przepisom kodeksu cywilnego (...). W związku z tym należy przywołać choćby regulację art. 140 ust. 1 upzp, który mówi, że zakres świadczenia Wykonawcy wynikający z umowy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie (zaś co już zostało powiedziane wóz umowy jest jedynie integralną częścią SIWZ). Wykładnia tego przepisu prowadzi do jednoznacznego wniosku, że to zobowiązanie zawarte w ofercie jest podstawą zapisów, które następnie znajdują się w umowie. W przypadku rozbieżności pomiędzy treścią oferty a zapisami wzoru umowy załączonego do SIWZ, pierwszeństwo będzie miało oświadczenie złożone przez Wykonawcę w ofercie”*. Dodatkowo zobowiązanie to (wynikające z oferty) nie może zostać zmodyfikowane, czego potwierdzeniem jest wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 14.02.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-137/07, który stanowi, że: *„Zamawiającemu nie wolno rozszerzyć praw i obowiązków wynikających z umowy o zamówienie publiczne w stosunku do tego, co przewidywał w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz co zaproponowano w złożonej ofercie”*.

Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący przywołał w treści odwołania trzy orzeczenia KIO. Istotnym jest jednak, że podstawy wydania każdego z nich były odmienne od stanu faktycznego i prawnego, z jakim mamy do czynienia w przypadku przedmiotowego postępowania. Powołując się na orzeczenia KIO z dnia 3.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 88/09 i KIO/UZP 89/09, Odwołujący nie zwrócił uwagi, że w przypadku omawianej w nich sytuacji Wykonawca nie wpisał żadnej wartości w formularzu ofertowym odnoszącej się do terminu płatności faktur i jednocześnie zaakceptował postanowienia SIWZ, co już powoduje odmienność stanu faktycznego od zastanego w niniejszym postępowaniu (W niniejszej sprawie mamy do czynienia z ewidentną sprzecznością oświadczenia Wykonawcy zawartego w ofercie z SIWZ i to zarówno jej zapisem zawartym w Rozdz. III pkt 4 ppkt 1, jak i wzorze umowy będącym integralną częścią SIWZ). Jednakże co

najistotniejsze, brak wpisania przez Wykonawcę terminu płatności faktur nie miało w tym wypadku istotnego znaczenia, gdyż akceptacja warunków SIWZ spowodowała, że brak było możliwości zastrzeżenia terminu krótszego niż 30 dniowy (bo takiego wymagał Zamawiający), a jednocześnie z ustawy z dnia 12 czerwca 2003 roku o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. Nr 139 poz. 1323 ze zm.) wynika, że termin 30 dniowy jest maksymalnym terminem płatności, jaki można zastrzec w transakcjach przeprowadzanych pomiędzy przedsiębiorcami.

Z innym stanem faktycznym mamy do czynienia w orzeczeniu KIO z dnia 14.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 412/09. W niniejszej sprawie do oferty nie zostały bowiem dołączone żadne inne dokumenty, z których można byłoby wyinterpretować, że doszło do omyłki w trakcie wpisywania okresu udzielanej gwarancji do formularza oferty. Z całą pewnością za dokument taki nie można uznać wyjaśnień udzielonych przez Wykonawcę, gdyż co już zostało powiedziane, wyjaśnienia nie mogą powodować zmiany treści oferty, a taka sytuacja miałaby miejsce w naszym przypadku. Także stan faktyczny w jakim wydano orzeczenie z dnia 23.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 16/09, jest odmienny od zastanego w przedmiotowej sprawie. Wątpliwości co do okresu jaki został określony przez Wykonawcę jako termin wykonania zamówienia miały bowiem swoje źródło w modyfikacji zapisów SIWZ, jaka miała miejsce w tej sprawie. Złożenie przez Wykonawcę oświadczenia, że zrealizuje on przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ oraz zwarcie w ofercie dwóch różnych terminów wykonania zadania z całą pewnością mogło prowadzić do wniosków, że doszło do omyłki w trakcie składania oferty i że omyłka ta mogła zostać poprawiona przez Zamawiającego, co nie mogło mieć miejsca jak już podniesiono w niniejszym postępowaniu.

Reasumując podkreślił, że nie jest zadaniem Zamawiającego dochodzenie motywów i okoliczności dla których Wykonawcy składają oferty, których treść nie odpowiada treści SIWZ. Istotnym jest jedynie, że oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu przez SKANSKA S.A. zawierała zapis odnoszący się do udzielenia krótszego niż wymagany.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią spornej oferty, jak również po zapoznaniu się z protestem, przystąpieniem do postępowania protestacyjnego, jego rozstrzygnięciem, odwołaniem, przystąpieniem do postępowania odwoławczego oraz odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem jego oferty, z uwagi na przedłożenie oferty najkorzystniejszej cenowo, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. w zw. z art. 56 i 577 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp, Izba uznaje za niezasadny.

Jednocześnie Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego, zgłoszonego na rozprawie, popartego przez Zamawiającego, odnośnie pozostawienia bez rozpoznania niniejszego zarzutu. Izba nie neguje treści pisma Zamawiającego z dnia 04.08.2009 r. informującego Odwołującego o dokonanych w jego ofercie poprawkach w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jednakże kwestia podnoszona przez Przystępującego o upływie czasookresu na oprotestowanie wynikających z niej czynności, czy też zaniechań nie ma, w ocenie Izby, wpływu na przedmiot sporu. Wskazane pismo odnosi się bowiem do poprawienia oferty Odwołującego w zakresie złożonego kosztorysu. W żadnym jego miejscu Zamawiający nie odnosi się do kwestii zaoferowanej przez Odwołującego gwarancji, tj. jej czasookresu. Co więcej zastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp tylko względem kosztorysu ofertowego Odwołującego nie jest wystarczającą podstawą do uznania, że Zamawiający zaniechał powyższego trybu w stosunku do innych elementów złożonej oferty. Izba wskazuje, że dopiero poprzez czynność wyrażoną w dniu 12.08.2009 r. Odwołujący powziął wiarygodną podstawę do uznania, że Zamawiający zaniechał zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp względem pozostałych elementów oferty Odwołującego. Izba stwierdza, że dopiero w tym dniu Odwołujący dowiedział się *de facto*, że Zamawiający uznaje jego ofertę w zakresie gwarancji za wadliwą, zaś udzielone wyjaśnienia w tym zakresie z dnia 13.07.2009 r. (data wpływu z prezentaty) za potwierdzające niniejszy stan rzeczy.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego zarzutu:

Zamawiający w Rozdz. III: „Opis przedmiotu zamówienia” ust. 4: „Informacje dodatkowe” pkt 1 SIWZ wskazał, że: „Wykonawca udzieli 60 miesięcznej gwarancji na

wykonany przedmiot zamówienia oraz gwarancji na montowane urządzenia - zgodnie z gwarancją producenta jednak na okres nie krótszy niż 24 m-ce".

W Rozdz. X: „Opis sposobu przygotowania ofert” ust. 14 SIWZ określił, że: „Na ofertę składają się następujące dokumenty: a) Oferta – przygotowana zgodnie z wzorem podanym w załączniku nr 1 do specyfikacji, zawierająca niezbędne do oceny ofert dane: cenę ofertową brutto za przedmiot zamówienia zawierającą całkowite wynagrodzenie netto (wynikające z Kosztorysu ofertowego) wraz należnym podatkiem VAT, termin realizacji zamówienia, czasokres udzielonej gwarancji oraz termin płatności faktur, b) Formularz Cenowy Oferty – przygotowany zgodnie ze wzorem podanym w Załączniku Nr 2 do specyfikacji, zawierający między innymi: wycenę zamówienia netto dokonaną w podziale na poszczególne branże, wynikającą z kosztorysu ofertowego załączonego do oferty, oraz wysokość stawki podatku VAT dla każdej pozycji przedstawionej w formularzu cenowym, c) Kosztorys Ofertowy – sporządzony na podstawie Dokumentacji Projektowej stanowiącej Załącznik nr 5 do specyfikacji, według wskazówek zawartych w Rozdziale XII specyfikacji „Opis sposobu obliczania ceny”, d) Dokument potwierdzający wniesienie wadium – wniesionego zgodnie z zapisami Rozdziału VIII „Wymagania dotyczące wadium”, e) Wykaz prac powierzonych podwykonawcom w przypadku gdy Wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom - przygotowany zgodnie ze wzorem podanym w Załączniku nr 3 do specyfikacji”. Natomiast w Rozdz. XVI SIWZ: „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy” zawarł, że: „Istotne dla stron postanowienia zawiera wzór umowy, który jest Załącznikiem nr 4 do specyfikacji i stanowi jej część”. Zaś we wzorze umowy w § 18: „Gwarancja jakości i rękojmi” ust. 1 określił, że: „Wykonawca gwarantuje dobrą jakość wykonania Przedmiotu Umowy i udziela okresu gwarancyjnego wynoszącego 60 miesięcy z wyłączeniem urządzeń o innych okresach innym okresie gwarancji podanym przez producenta, które będą jednak nie krótsze niż 24 miesiące (liczone od daty podpisania protokołu końcowego odbioru Robót). (..)”. Ponadto, w Rozdz. XIV: „Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego” ust. 3 SIWZ nadano treść: „Wykonawca ma obowiązek wcześniejszego skontaktowania się z Zamawiającym w celu uzupełnienia zapisów umowy w sprawie zamówienia publicznego o następujące dane: a) dane osób reprezentujących Wykonawcę w zakresie podpisania umowy; b) ustalone na skutek przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego warunki co do formy i warunków zabezpieczenia należytego wykonania umowy”.

Poza tym oferta – przygotowana zgodnie z wzorem podanym w załączniku nr 1 przez Zamawiającego wskazywała na konieczność wypełnienia, tj. wskazania udzielanej miesięcznej gwarancji na wykonany przedmiot zamówienia. Ponadto, w pkt 6 każdy Wykonawca składał oświadczenie, że: „W przypadku wyboru mojej/naszej oferty

zobowiązuje się/zobowiązujemy się do zawarcia z Zamawiającym umowy – zgodnie ze wzorem umowy stanowiącym Załącznik nr 4 do specyfikacji”. Nadto, w Rozdz. X „Opis sposobu przygotowania ofert” ust. 2 SIWZ Zamawiający zawarł zapis, że: *„Treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ”*.

Odwołujący w ramach złożonej oferty na stronie 3 udzielił 36 miesięcznej gwarancji na wykonany przedmiot zamówienia oraz gwarancji na montowane urządzenia – zgodnie z gwarancją producenta jednak na okres nie krótszy niż 24 miesiące. Ponadto, na stronie 4 oferty złożył w pkt 6 oświadczenie, że: *„W przypadku wyboru mojej/naszej oferty zobowiązuje się/zobowiązujemy się do zawarcia z Zamawiającym umowy – zgodnie ze wzorem umowy stanowiącym Załącznik nr 4 do specyfikacji”*.

Zamawiający w dniu 09.07.2009 r. (pismo z dnia 07.07.2009 r.) faxem, działając na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 Pzp zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie dlaczego w złożonej ofercie udzielił 36 miesięcznej gwarancji na przedmiot zamówienia zamiast wymaganego w specyfikacji 60 - miesięcznego okresu gwarancji. Wskazał, że wyjaśnienie w tej sprawie podpisane przez osobę uprawnioną do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawcy należy złożyć w siedzibie Zamawiającego do dnia 14.07.2009 r., godz. 10:00.

W odpowiedzi Odwołujący wyjaśnił (pismo z dnia 13.07.2009 r., data wpływu z prezentaty), iż podana w formularzu oferty długość okresu gwarancji na przedmiot zamówienia jest wynikiem nieistotnej omyłki, gdyż na przedmiot zamówienia zobowiązuje się udzielić 60-miesięcznego okresu gwarancji. O zamiarze złożenia oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ świadczy złożenie oświadczenia zawartego w treści oferty (pkt 6), iż: *„zobowiązujemy się do zawarcia z Zamawiającym umowy - zgodnie ze wzorem umowy stanowiącym Załącznik Nr 4 do specyfikacji”*, który w § 18 ust. 1 przewiduje 60 - miesięczny okres gwarancji na przedmiot zamówienia. Ponadto wskazał, że to umowa - zgodnie z art. 577 § 1 k.c. - stanowi źródło gwarancji, tak iż oświadczenie Odwołującego o zobowiązaniu do zawarcia umowy zgodnie ze wzorem (Załącznik nr 4 do SIWZ), według którego wykonawca udziela na przedmiot zamówienia okresu gwarancji wynoszącego 60 miesięcy ma pierwszorzędne znaczenie i gwarantuje Zamawiającemu, iż roboty objęte będą taką właśnie 60 - miesięczną gwarancją.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że mimo nie negowania stanowiska Odwołującego o akcesoryjnym charakterze gwarancji, to uznaje za niebudzącą żadnej wątpliwości okoliczność, że gwarancja stanowiła istotny element oferty, albowiem za taką uznawał ją Zamawiający na mocy postanowienia SIWZ (np. w Rozdz. X pkt 14 lit. a wskazując wprost na *„czasookres udzielonej gwarancji”*, czy też w Rozdz. III ust. 4 pkt 1). Powyższe znajduje też potwierdzenie w art. 86 ust. 4, jak również w art. 151 Pzp, na co zasadnie wskazywał Przystępujący na rozprawie.

Po drugie, Izba stwierdza, że w odróżnieniu od rękojmi, która przysługuje z mocy prawa (art. 556 – 576 Kc), gwarancja ma charakter umowy zawieranej dobrowolnie między gwarantem a konsumentem, w konsekwencji musi być wprost udzielona (art. 577-581 Kc).

Po trzecie, wobec wskazania czasookresu gwarancji 36 miesięcznego, tj. 3 letniego, a nie wymaganego 60 miesięcznego, czyli 5 letniego Odwołujący, poprzez stosowne oświadczenie złożone w ofercie nie przyjął określonych i wymaganych przez Zamawiającego zapisów odnośnie 60 miesięcznej gwarancji na wykonanie przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, poprzez oświadczenie w ofercie (sensu *stricte*) Odwołujący jasno wyraził swoją wolę, tj. że nie przyjął zapisu SIWZ z Rozdz. III ust. 4 pkt 1. Powyższe jest tym bardziej jednoznaczne, że złożenie ogólnego oświadczenia akceptującego wzór umowy, zawierającego zapis odnośnie gwarancji, wobec ustawowej konieczności wyrażenia, czy też udzielania wprost gwarancji, czyni wszelką wykładnię woli w tym zakresie i konieczność zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp bezprzedmiotową. Nie można dać pierwszeństwa ogólnej deklaracji Odwołującego akceptującej wzór umowy wobec jednoznacznej i odmiennej treści oferty złożonej w postępowaniu, a wynikającej ze złożonego („szczegółowego”) oświadczenia. Izba, przyjmując powyższe stanowisko oparła się także na wyroku KIO z dnia 24.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 893/09 zgodnie z którym: *„(...) z oferty Odwołującego nie wynika jakkolwiek wątpliwość co do akceptacji wymogów Zamawiającego (warunków płatności, terminu trwania umowy ramowej itd), a zobowiązanie do zawarcia umowy na warunkach określonych przez Zamawiającego wynika, co nie może budzić wątpliwości, z samego faktu złożenia oferty w postępowaniu. Gdyby w ofercie Odwołującego zawarto jakiegokolwiek postanowienia rodzące wątpliwości co do akceptacji wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ, to wówczas nie można byłoby zaakceptować oświadczenia Odwołującego, że nie wnosi zastrzeżeń do SIWZ, za równoważne oświadczeniom zawartym na stronie trzeciej załącznika nr 4 do SIWZ (...)”*

Po czwarte, Izba wskazuje, że stosowne „szczegółowe” oświadczenie w ofercie nie było mechanicznym wypełnieniem pustego miejsca o czasookres gwarancji, ale stanowiło rozwinięcie w kontekście zapisu z Rozdz. III ust. 4 pkt 1 SIWZ. Przy czym, Odwołujący składając to oświadczenie zmienił *de facto* wzór oferty, czyniąc to niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Powyższy uzewnętrzniony akt woli świadczy jednoznacznie o braku akceptacji Odwołującego względem wymogu Zamawiającego udzielenia 60 miesięcznej gwarancji na wykonanie przedmiotu zamówienia.

Po piąte, Izba wskazuje, że sam Odwołujący powoływał się na rozprawie na swój profesjonalizm. Wobec powyższego winien mieć niezbędną wiedzę i świadomość konsekwencji składanych oświadczeń w postępowaniu. Wobec powyższego powinien dochować należytej staranności, zwłaszcza wobec tak istotnych elementów oferty, jak czasookres udzielonej i wymaganej gwarancji. Należy także zauważyć, że czasookres

udzielonej gwarancji ma wymierne przełożenie w zaoferowanej przez każdego Wykonawcę cenie oferty brutto, stanowi jego element cenotwórczy. W ocenie Izby, brak jest wiarygodnych podstaw do uznania, że Odwołujący składając oświadczenie w ofercie odnośnie 36 miesięcznej gwarancji w ramach złożonej oferty skalkulował gwarancję 60 miesięczną.

Reasumując, uznanie stanowiska Odwołującego czyniłoby koniecznym poprawienie istotnego elementu oferty, tj. niezgodności treści oferty w zakresie udzielonej błędnie 36 miesięcznej gwarancji na wykonanie przedmiotu zamówienia, co w ocenie Izby w przedmiotowym stanie faktycznym jest niedopuszczalne.

Z uwagi na powyższe, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 Pzp, z uwagi na potwierdzenie się zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 56 i 577 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp, Izba uznała niniejszy zarzut za niezasadny.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną fakturą.

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 zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....