

Sygn. akt: KIO/365/11

WYROK
z dnia 10 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **08 marca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „MONTIBUD” Sp. J., Czesław Wójciak, Henryk Olszowy, Sylwester Łazarz, ul. Wrocławska 213 a, 59-220 Legnica** w dniu 24 lutego 2011 r., w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Dolina Baryczy” Sp. z o.o., ul. Rynek 21, 56-300 Milicz**

przy udziale wykonawcy **ENERGOPOL-POŁUDNIE SA, ul. Jedności 2, 41-208 Sosnowiec**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „MONTIBUD” Sp. J., Czesław Wójciak, Henryk Olszowy, Sylwester Łazarz, ul. Wrocławska 213 a, 59-220 Legnica i nakazuje

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „MONTIBUD” Sp. J.,**

Czesław Wójciak, Henryk Olszowy, Sylwester Łazarz, ul. Wrocławska 213 a, 59-220 Legnica stanowiący koszty postępowania odwoławczego;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **208 zł 55 gr** (słownie: dwieście osiem złotych pięćdziesiąt pięć groszy) przez **Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „MONTIBUD” Sp. J., Czesław Wójciak, Henryk Olszowy, Sylwester Łazarz, ul. Wrocławska 213 a, 59-220 Legnica** na rzecz: **Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „Dolina Baryczy” Sp. z o.o., ul. Rynek 21, 56-300 Milicz** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Modernizacja sieci kanalizacji ogólnospławnej w Żmigrodzie*”, zostało wszczęte przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Dolina Baryczy” Sp. z o.o., ul. Rynek 21, 56-300 Milicz zwaną dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 228-348491 w dniu 24.11.2010 r.

W dniu 10.02.2011 r. pisemnie za potwierdzeniem odbioru Zamawiający przesłał zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” informację o wyborze najkorzystniejszej oferty ENERGOPOL-POŁUDNIE SA. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęło Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „MONTIBUD” Sp. J., Czesław Wójciak, Henryk Olszowy, Sylwester Łazarz, ul. Wrocławska 213 a, 59-220 Legnica zwane dalej: „*MONTIBUD*” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 24.02.2011 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu) na podstawie art. 180 Pzp, MONTIBUD wniósł odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 24.02.2011 r. (faxem).

Zamawiający z naruszeniem przepisów Pzp dokonał czynności lub zaniechał dokonania czynności, do których był zobowiązany, tj.:

- zaniechał odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą (art. 89 ust. 1 pkt 2 i 7 Pzp);
- zaniechał wezwania oferty uznanej za najkorzystniejszą do uzupełnienia dokumentów;
- dokonał wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej;
- zaniechał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zarzucił, że Zamawiający naruszył przepisów Pzp i postanowień SIWZ, w szczególności art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 7 oraz art. 91 ust. 1 Pzp, § 6 ust. 1 zd. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), a także postanowienia ust. 8, ust. 15 pkt 15.1 ppkt 15.1.5, pkt 15.2 ppkt 15.2.7 i ust. 28 pkt 28.4 ppkt 28.4.2 Instrukcji Dla Wykonawców zwanej dalej: „*IDW*” stanowiącej I cz. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „*SIWZ*” oraz Klauzuli Warunków

Kontraktu 8.1 o nazwie: „Data Rozpoczęcia” zawartej w ZAŁĄCZNIKU DO OFERTY, w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania. Wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą lub z ostrożności procesowej, wezwania do uzupełnienia dokumentów;
- 3) prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W ocenie Odwołującego oferta wybrana jako najkorzystniejsza jest niekompletna, treść jej nie odpowiada treści SIWZ, nadto Wykonawca nie wyraził zgody na poprawienie tzw. innej omyłki dotyczącej treści oferty, w związku z tym oferta powinna być odrzucona. Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych dotyczących tego wykonawcy w zakresie: 1) sprawozdania finansowego; 2) informacji z banku; 3) odpisu z KRS; 4) informacji z KRK; 5) zaświadczenia z US; 6) zaświadczenia z ZUS; 7) referencji.

Zamawiający w ust. 15 pkt 15.2 ppkt 15.2.7 IDW żądał, zgodnie z § 6 ust. 1 zd. 1 ww. Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów, potwierdzenia za zgodność z oryginałem wszystkich zapisanych stron kopii dokumentów wchodzących w skład oferty przez osobę lub osoby podpisujące ofertę. Załączone do oferty Przystępującego kopie ww. dokumentów nie są opatrzone klauzulą: „za zgodność z oryginałem” i podpisem pod tą klauzulą. Takie dokumenty muszą być uznane za niezłożone, bowiem ich treść nie potwierdza treści oryginałów. Na kopiach, o których mowa wyżej jest złożony podpis osoby upoważnionej do podpisania i złożenia oferty. Ten podpis potwierdza jedynie, że kopie zostały włączone do oferty, ale ten podpis nie potwierdza, że treść kopii jest zgodna z treścią oryginalnych dokumentów. Potwierdzenie za zgodność z oryginałem jest złożeniem oświadczenia wiedzy o zgodności treści kopii z treścią oryginału, a złożenie nieprawdziwego oświadczenia w celu pozyskania zamówienia publicznego jest zagrożone odpowiedzialnością karną na podstawie art. 297 § 1 Kk. Stąd przepisy dotyczące zamówień publicznych dają dużą wiarę dokumentom potwierdzonym za zgodność z oryginałem. Zamawiający po stwierdzeniu powyższych braków winien wezwać do uzupełnienia dokumentów o potwierdzone za zgodność z oryginałem kopie dokumentów lub złożenie brakujących dokumentów w oryginale. Nie czyniąc tego, naruszył ust. 15 pkt 15.2 ppkt 15.2.7 IDW, § 6 ust. 1 zd. 1 ww. rozporządzenia oraz art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający byłby zwolniony w oparciu o art. 26 ust. 3 Pzp z obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, gdyby dostrzegł nieprawidłowości oferty skutkujące jej odrzuceniem.

W swojej ofercie, w ZAŁĄCZNIKU DO OFERTY w Klauzuli 8.1 Data Rozpoczęcia, Energopol zawarł niewłaściwy termin na rozpoczęcie robót, tzw. niewłaściwy okres mobilizacji. Okres mobilizacji, zgodnie z ust. 8 IDW, to okres od daty podpisania Kontraktu, tzn. od daty udzielenia zamówienia, do Daty rozpoczęcia Robót. Zgodnie z treścią ZAŁĄCZNIKA DO OFERTY Energopol rozpocznie roboty maksymalnie 42 dni, licząc od daty

podpisania Kontraktu (do 42 dni od daty wejścia Kontraktu w życie), a więc okres mobilizacji dla Energopolu wynosić ma 42 dni. Zgodnie z ust. 8 IDW, wykonawca winien rozpocząć roboty max. 1 miesiąc od podpisania Kontraktu, a więc wymagany przez Zamawiającego okres mobilizacji to 1 miesiąc. Zgodnie z treścią ust. 8 IDW okres mobilizacji zalicza się do czasu trwania zamówienia. Przed zmianą czasu trwania zamówienia i okresu mobilizacji przez Zamawiającego w IDW (czyli do 16.12.2010 r.), czas trwania zamówienia wynosił 33 miesiące i 14 dni, a okres mobilizacji wynosił 42 dni. Czas trwania zamówienia i okres mobilizacji zostały zmienione przez Zamawiającego odpowiedzią na pytanie 6 w dniu 16.12.2010 r. Po tej zmianie, czas trwania zamówienia wynosi 33 miesiące, a okres mobilizacji wynosi 1 miesiąc. Pytania i odpowiedzi były zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego. Zamawiający w tym samym dniu zamieścił na stronie internetowej także tekst jedn. Instrukcji Dla Wykonawców (IDW), w którym znalazły się zapisy o nowym czasie trwania zamówienia (krótszym) i nowym okresie mobilizacji (także krótszym). Do IDW w wydaniu jednolitym załączono zmodyfikowany ZAŁĄCZNIK DO OFERTY, w którym zamieszczono w Klauzuli 8.1 Data Rozpoczęcia zapis: „do 1 miesiąca od daty wejścia Kontraktu w życie”. W dniu 04.01.2011 r. na stronie internetowej Zamawiającego ponownie zamieszczono tekst jedn. IDW wraz z ZAŁĄCZNIKIEM DO OFERTY, w których postanowienia dotyczące czasu trwania zamówienia i okresu mobilizacji są tożsame z zamieszczonymi już poprzednio w odpowiedzi Zamawiającego na pytanie 6 z dnia 16.12.2010 r. i w tekst jedn. IDW z dnia 16.12.2010 r.

Wydłużenie przez Przystępującego w ofercie okresu mobilizacji z 1 miesiąca do 42 dni spowodowało daleko idące konsekwencje takie jak:

- wydłużenie czasu trwania zamówienia (ust. 8 IDW);
- przesunięcie Czasu na Ukończenie Robót (ust. 8 IDW oraz Klauzula Warunków Kontraktu 1.1.3.3 ZAŁĄCZNIKA DO OFERTY);
- zmiana Czasu przekazania Terenu Budowy (Klauzula Warunków Kontraktu 2.1 ZAŁĄCZNIKA DO OFERTY);
- zmiana okresu na przedłożenie dowodów ubezpieczenia - stosownych polis (Klauzula Warunków Kontraktu 18.1(a) (b) ZAŁĄCZNIKA DO OFERTY);
- pośrednia zmiana Okresu Zgłaszania Wad (ust. 8 IDW oraz Klauzula Warunków Kontraktu 1.1.3.7 ZAŁĄCZNIKA DO OFERTY).

Podczas badania ofert Zamawiający dostrzegł różnicę pomiędzy wymaganym w ust. 8 IDW i w ZAŁĄCZNIKU DO OFERTY w Klauzuli 8.1 Data Rozpoczęcia okresem mobilizacji wynikającym z tych dokumentów przetargowych, a okresem mobilizacji zaproponowanym w ofercie Przystępującego. Zamawiający potraktował tę rozbieżność jako tzw. inną omyłkę i w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dokonał jej poprawki. Następnie niezwłocznie powiadomił o tym fakcie wykonawcę.

Zamawiający dopisał także na oryginale oferty Przystępującego brakujące słowo: „Oryginał”, a na kopiach słowo: „Kopia”. Brak tych oznaczeń Zamawiający także bezpodstawnie potraktował jako omyłki powodujące niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Brak powyższych oznaczeń można potraktować wyłącznie jako błąd formalny, bowiem te oznaczenia nie należą do treści oferty. O fakcie dopisania oznaczeń Zamawiający także powiadomił Przystępującego.

Wracając do kwestii terminu mobilizacji, stwierdzić należy, że Zamawiający bezprawnie dokonał poprawki w ofercie Przystępującego poprzez skreślenie słów: „do 42 dni” i wpisanie słów: „do 1 miesiąca”. Zamawiający zmienił w ten sposób oświadczenie woli Przystępującego, które w tym zakresie znał wyłącznie z treści oferty. Uznanie, że wpisanie przez Energopol do ZAŁĄCZNIKA DO OFERTY innego od oczekiwanego przez Zamawiającego terminu mobilizacji jest omyłką, a nie zamierzonym działaniem, wobec występującego stanu faktycznego w tym postępowaniu, było bezpodstawne.

Przystępujący miał co najmniej 3 możliwości zapoznania się z właściwym okresem mobilizacji, o czym mowa była wyżej, tzn. z: 1) odpowiedzi na pytanie 6 zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 16.12.2010 r.; 2) tekstu jedn. IDW oraz ZAŁĄCZNIKA DO OFERTY zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 16.12.2010 r.; oraz z 3) tekstu jedn. IDW oraz ZAŁĄCZNIKA DO OFERTY zamieszczonych ponownie na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 04.01.2011 r. W konsekwencji, należy uznać, że Zamieszczenie innego terminu mobilizacji nie było omyłką, a było działaniem zamierzonym. Zamawiający dla możliwości skorzystania z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp musi mieć pewność występowania omyłki, nie wystarczy przypuszczenie. Należy stwierdzić, że przeprowadzenie procedury określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w przedmiotowym stanie faktycznym było niedopuszczalne. Przepis ten stanowi wyjątek od zasady i powinien być traktowany ściśle, bowiem zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest złożenie oferty zgodnej z postanowieniami SIWZ. Jeśli więc Zamawiający w toku badania i oceny ofert stwierdzi jakąś sprzeczność merytoryczną oferty z SIWZ może wyjątkowo zastosować procedurę naprawczą tej oferty przy spełnieniu określonych warunków, sprecyzowanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wykładnia gramatyczna tego przepisu pozwala na poprawienie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, jeśli spełnione są trzy istotne przesłanki: 1) w ofercie wykonawcy występuje omyłka; 2) stwierdzona omyłka polega na sprzeczności treści oferty (merytorycznej części oferty) z SIWZ; 3) poprawienie omyłki przez Zamawiającego nie doprowadzi do istotnych zmian treści oferty.

Stan faktyczny pozwala na stwierdzenie, że jest to merytoryczną sprzecznością oferty z SIWZ. Są poważne wątpliwości, czy mamy do czynienia z omyłką, czyli pomyłkowym zapisem w treści oferty, który nie wynikał z woli wykonawcy. To, że w treści oferty mamy do czynienia z omyłką, a nie z celowym złożeniem przez wykonawcę oświadczenia innej treści

musi wynikać z treści samej oferty. Poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp powinno być bowiem dokonane na podstawie całości oferty przez samego Zamawiającego bez udziału wykonawcy. Nie można tłumaczyć okoliczności popełnienia w ofercie omyłki tym, iż wykonawca nie mógł dążyć do złożenia oświadczenia woli niezgodnego z wymogami Zamawiającego. Taki tok rozumowania i argumentacji prowadziłby do tezy o braku konieczności i możliwości żądania przez Zamawiającego w SIWZ od wykonawców jakichkolwiek dokumentów, czy oświadczeń na potwierdzenie spełniania wymogów, odnoszących się do przedmiotu zamówienia. W takiej sytuacji wystarczyłoby jedynie oświadczenie wykonawcy o woli wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ za określoną cenę. Skoro Zamawiający jednak określił w SIWZ szczegółowe wymogi dotyczące wykonania zamówienia oraz oczekiwał ich potwierdzenia w treści oferty wykonawcy, to następnie w toku postępowania o udzielenie zamówienia zobowiązany jest do badania i oceny oferty wykonawcy pod kątem określonych w SIWZ wymogów. To, czy wystąpiła omyłka, musi wynikać z treści oferty, a nie z domysłów i przypuszczeń Zamawiającego. Treść oferty Przystępującego nie pozwala na stwierdzenie, że powstały tam błąd jest wynikiem omyłki wykonawcy, nie zaś celowego działania i złożenia oświadczenia woli o określonej wyrażonej w ofercie treści. Ze stanu faktycznego wynika, że mamy do czynienia przynajmniej z rażącym niedopełnieniem należytej staranności po stronie tego wykonawcy przy sporządzaniu oferty. Biorąc pod uwagę obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, takie rażące niedopełnienie należytej staranności nie może być w sposób niepewny usprawiedliwione przez Zamawiającego poprzez dostosowanie treści oferty do SIWZ, winno skutkować stwierdzeniem bezwzględnej niezgodności treści oferty z SIWZ z bezwzględnym wykorzystaniem dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Nie można także uznać, iż złożone w ofercie Przystępującego oświadczenia o zapoznaniu się i akceptacji postanowień SIWZ oraz o gwarancji wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ, zawarte w treści formularza ofertowego, warunkują prawidłowość złożenia oferty zgodnie z SIWZ. Przywołane oświadczenia zawarte w formularzu ofertowym mają charakter postanowień o charakterze ogólnym i generalnym. Zamawiający w niniejszym postępowaniu obok tych generalnych oświadczeń żądał złożenia konkretnych oświadczeń woli przez wykonawców w ramach składanych ofert, których zakres uszczegółowił w treści SIWZ. W tym też zakresie oświadczenia o charakterze generalnym nie mogą w zestawieniu z wymaganym w SIWZ oświadczeniem o konkretnej treści zastępować tego oświadczenia. Między innymi wymagane było konkretne oświadczenie woli co do: „*Daty Rozpoczęcia Robót*”, czyli okresu mobilizacji mającego wpływ na: 1) czas trwania zamówienia; 2) Czas na Ukończenie Robót; 3) Czas przekazania Terenu Budowy; 4) okres na przedłożenie dowodów ubezpieczenia (stosownych polis); 5) pośrednio na Okres Zgłaszania Wad. Wydłużenie okresu mobilizacji

przez Energopol, w stosunku do wymaganego w SIWZ, wywołuje skutek w postaci wydłużenia lub przesunięcia wskazanych powyżej terminów. Wskazane wyżej zależności przekonują, że przedmiotowa niezgodność treści oferty z SIWZ ma doniosłe znaczenie, że występuje szeroka zależność wielu elementów sposobu realizacji całego zamówienia od Daty Rozpoczęcia. Nie jest zatem spełniony także warunek trzeci upoważniający Zamawiającego do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Poprawienie tej omyłki przez Zamawiającego doprowadziło do istotnych zmian w treści oferty Przystępującego. Takie działanie Zamawiającego jest bezprawne. Ocena oświadczenia woli w oparciu o art. 65 § 1 Kc, mającego zastosowanie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w zw. z art. 14 Pzp, nie może być inna, niż wskazana wyżej. Zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, które należy brać pod uwagę przy interpretacji oświadczenia woli, ze względu na okoliczności, w których dane oświadczenie zostało złożone, nie mogą jednak stać się podstawą do pominięcia wymogów, jakie sam Zamawiający określił w SIWZ, aby wykonawcy złożyli wiążące ich samoistne i szczegółowe oświadczenie woli odnośnie terminu Rozpoczęcia Robót. Oświadczenie samoistne i szczegółowe nie może być pomijane przy ocenie oświadczenia o charakterze ogólnym o zapoznaniu się i akceptacji SIWZ, czy chęci realizacji zamówienia zgodnie z postanowieniami SIWZ. Inny sposób postępowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obarczonego szczególnymi wymogami i mocno sformalizowanego, prowadziłby do wniosku, że w postępowaniu tym, niezależnie od wymogów Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia i terminu oraz sposobu jego realizacji, wystarczające jest złożenie przez wykonawcę oświadczenia o charakterze generalnym oraz ceny ofertowej, i każde ewentualne niezgodności w treści oferty co do wskazanego zakresu z wymogami Zamawiającego nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Taki sposób postępowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest niedopuszczalny, gdyż prowadziłby przede wszystkim do naruszania zasad udzielania zamówień określonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Uznanie za właściwe poprawienie wskazanej wyżej niezgodności treści oferty doprowadziłoby do sytuacji skutecznego złożenia przez Zamawiającego za tego wykonawcę nowego oświadczenia woli. Powyższe stanowiłoby zaaprobowanie niedopuszczalnej zmiany treści oferty, skutkującej z tego powodu także dodatkowo uznaniem, że mamy do czynienia z istotną zmianą treści oferty.

Pismem z dnia 27.01.2011 r. doręczonym faksem w dniu 28.01.2011 r. i listownie w dniu 01.02.2011 r., Zamawiający zawiadomił Przystępującego o dokonanej poprawce w treści oferty. Pismem z dnia 31.01.2011 r. przesłanym do Zamawiającego faksem w tym samym dniu, Przystępujący potwierdził, że treść jego oferty w zakresie Daty Rozpoczęcia jest zgodna z jego wolą. W punkcie ad. 3 czytamy treść oświadczenia: *„Wyrażamy zgodę na dokonaną przez Państwa omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją*

istotnych warunków zamówienia, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty w sposób polegający na wykreśleniu słów „do 42 dni” i zastąpieniu ich sformułowaniem „do 1 miesiąca.”. Gramatyczna wykładnia tego oświadczenia prowadzi do wniosku, że działanie Zamawiającego potraktowane zostało przez Przystępującego jako działanie, wskutek którego poprzez wykreślenie słów „do 42 dni” i wpisanie w ich miejsce sformułowania „do 1 miesiąca” dokonano omyłki w treści oferty Przystępującego wywołującą niezgodność oferty z SIWZ, nie powodującą istotnych zmian w treści oferty, i że Przystępujący wyraża zgodę na takie działanie Zamawiającego. Zwrócił uwagę, że Zamawiający w zawiadomieniu o poprawkach nie wzywał do wyrażania zgody na cokolwiek. Oświadczenie złożone zostało z własnej woli w terminie 3 dni od powzięcia wiedzy o działaniu Zamawiającego. Zamawiający w ust. 28 pkt 28.4 ppkt 28.4.2 IDW wskazał, że jeżeli w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia wykonawca poinformuje Zamawiającego, że nie zgadza się na poprawienie omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, nie powodującej istotnych zmian w treści oferty, to Zamawiający odrzuci ofertę tego wykonawcy. Z zachowania i treści oświadczenia można wysnuć wniosek, że Przystępującego zareagował na zawiadomienie Zamawiającego dotrzymując 3 dniowego terminu wskazanego w ww. postanowieniu SIWZ, i że działanie Zamawiającego potraktował jako wywołujące w jego ofercie omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, nie powodującą istotnych zmian w treści oferty, a tym samym uznał, że treść jego oferty w zakresie poprawionym przez Zamawiającego była zgodna z SIWZ. Z treści oświadczenia wynika także, że Energopol nie zgodził się w terminie wskazanym w ust. 28 pkt 28.4 ppkt 28.4.2 IDW na dokonanie poprawki jego zdaniem nieistniejącej omyłki, ale zaaprobował jego zdaniem niekorzystne dla oferty działanie Zamawiającego polegające na dokonaniu w niej omyłki. Wobec takiej sytuacji, Zamawiający winien odrzucić ofertę także w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp i o ust. 28 pkt 28.4 ppkt 28.4.2 IDW. Odwołujący uznał również, że Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 Pzp, bowiem dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, która w rzeczywistości, jako podlegająca odrzuceniu, nie jest najkorzystniejsza.

Zamawiający w dniu 25.02.2011 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 28.02.2011 r. (faxem oraz następnie wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ENERGOPOL-POŁUDNIE SA, ul. Jedności 2, 41-208 Sosnowiec zwany dalej: „ENERGOPOL-POŁUDNIE SA” albo „Przystępującym” zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Względem zarzutu pierwszego, stwierdził, że właśnie pieczęć i podpis osoby uprawnionej do reprezentacji na dokumentach kopiach (sprawozdanie finansowe, informacja

z banku, odpis KRS, informacje z KRK, zaświadczenie z ZUS, zaświadczenie z US, referencje), jednoznacznie oznacza nie tylko czynność złożenia ale również czynność potwierdzenia tych dokumentów, co do zgodności z oryginałami, zgodnie z załączonym pełnomocnictwem do oferty. Tym samym ograniczanie danego pełnomocnictwa przez Odwołującego przekracza jego uprawnienia. Pieczęć i podpis osoby uprawnionej na kopii dokumentu potwierdza ze wszech miar jej zgodność z oryginałem. Brak pieczęci: „za zgodność z oryginałem” w żadnym przypadku nie stanowi o braku potwierdzenia przez pełnomocnika Przystępującej kopii dokumentów. Przytaczanie przepisów kk jest znacznie przesadzone. Ponadto, w żaden sposób nie daje to podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego. Przytoczył Komentarzem Prawo Zamówień Publicznych pod redakcją Prezesa UZP T. Czajkowskiego z 2006 r. do art. 82.

Względem zarzutu drugiego, wskazał, że nieistotna omyłka okresu mobilizacji /z 42 dni na 30 dni/ została rozpatrzona przez Zamawiającego pismem z dnia 27.01.2011 r. instytucją uzupełnienia z art. 26 ust. 3 Pzp i instytucją poprawek z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp na którą Przystępujący wyraził zgodę pismem dostarczonym 31.01.2011 r. - w ustawowym terminie. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, daną omyłkę w treści oferty należało skwalifikować jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Przemawiają za tym zapisy IDW pkt 8:

Czas trwania zamówienia wynosi maksymalnie 33 miesiące i obejmuje:

- I - Okres mobilizacji, który wynosi max. 1 miesiąc (licząc od daty podpisania kontraktu do daty rozpoczęcia robót),
- ii - Czas na ukończenie robót, który wynosi max. 20 miesięcy (liczony od daty rozpoczęcia robót)
- iii - Okres zgłaszania wad, który wynosi 12 miesięcy

W świetle powyższego, gdzie czas ukończenia robót jest w przedziale 1-20 miesięcy i zależy od wykonawcy, zmiana okresu mobilizacji w żaden sposób nie wpływa na przekroczenie czasu na ukończenie robót. Przemawiają za tym wyroki KIO, która błędy terminowe w harmonogramach rzeczowo-finansowych kwalifikuje jako omyłki mieszczące się w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający w/w delegację ustawową wypełnił, zgodnie z przyjętą linią orzecznictwa KIO, pokazanej m.in. w wyroku z dnia 29.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1326/09 i popartego wyrokiem SO w Zielonej Górze z dnia 29.12.2009 r., wyroku z dnia 08.04.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 308/10 - w analogicznych sprawach oraz w następujących:

- 1) Wyrok KIO z dnia 27.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1059/09;
- 2) Wyrok KIO z dnia 17.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 246/09;
- 3) Wyrok KIO z dnia 13.05.2009 r., sygn. akt: KIO 549/09;
- 4) Wyrok KIO z dnia 10.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 978/09;
- 5) Wyrok KO z dnia 10.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1005/09 oraz szeregiem kolejnych.

W zakresie zarzutu trzeciego, podniósł, że Zamawiający wprowadził na kopiach ofert zapisek: „Kopia”, a na oryginale: „Oryginał” na zasadach porządku dokumentacyjnego. Powyższe nie daje żadnej podstawy do odrzucenia oferty.

Zarzut czwarty, pozbawiany jest jakichkolwiek podstaw prawnych. Odwołujący podnosił, że sentencja słów pisma z dnia 31.01.2011 r.: *„Wyrażamy zgodę na dokonaną przez Państwa omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją*”, nie jest zgodą na poprawianie omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Uznaje, że jest to jednoznaczna zgoda zwłaszcza w kontekście wezwania Zamawiającego z dnia 27.01.2011 r. Co najwyżej można powyższe potraktować jako omyłkę pisarską polegającą na ominięciu słowa w zdaniu, które nie miało wpływu na sens i cel zdania: *„Wyrażamy zgodę na dokonaną przez Państwa poprawioną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją*”. Stosownie do treści wyroku KIO z dnia 24.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1031/09: *„w związku z tym, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym, to z nieprecyzyjnych zapisków SIWZ i niepoprawnych językowo Zamawiający nie ma praw wywodzić ujemnych skutków dla wykonawców”*. Przystępujący podkreślił, że: *„za prawidłowe uzasadnienie odrzucenia oferty, nie można poczytywać przytoczenia treści art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p”*. Wyrok z dnia 05.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 949/09.

W dniu 07.03.2011 r. (wpływ do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił po pierwsze o odrzucenie, po drugie o oddalenie w całości odwołania, a ponadto obciążenie Odwołującego kosztami postępowania. Względem wniosku o odrzucenie odwołania podniósł, że Odwołujący nie jest uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp, z uwagi na brak interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Zamawiający zwrócił uwagę, iż w prowadzonym postępowaniu przed otwarciem ofert, na mocy dyspozycji art. 86 ust. 3 Pzp, podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Informując, iż jest to kwota 21.500.000,00 zł (brutto). Natomiast wartość brutto oferty złożonej przez Odwołującego to 21.908.849,00 zł. Podkreślił, iż kwota, którą zaoferował Odwołujący za wykonanie zamówienia przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamierzenia inwestycyjnego. Ponadto kwota zaproponowana przez Odwołującego w ofercie przekracza znacznie możliwości finansowe Zamawiającego, ponieważ nie ma on możliwości zwiększenia środków zaplanowanych na realizację ww. Zamówienia. W związku z powyższym, nawet gdyby oferta uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, oferta Odwołującego, podlegałaby odrzuceniu, Odwołujący nie uzyskałby przedmiotowego zamówienia, a jego oferta nie zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, z uwagi na konieczność unieważnienia postępowania (art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp). Przywołuje także wyrok

z 17.11.2010 r. o sygn. KIO 2421/10 w zakresie interesu hipotetycznego. Względem załączenia do oferty Przystępującego kopii dokumentów podmiotowych, wskazujących na sytuację Wykonawcy nieopatrzonej klauzulą: „za zgodność z oryginałem” i podpisem osoby upoważnionej, tak jak tego wymagała SIWZ oraz w/w rozporządzenie wskazał, że jest on pozbawiony podstaw, a to z uwagi na fakt, iż oferta zawiera wskazane dokumenty charakteryzujące sytuację podmiotową wykonawcy opatrzone pieczęcią „za zgodność z oryginałem”, jak również zawiera podpisy osób upoważnionych do podpisania oferty. Na dowód powyższego, Zamawiający przedkłada stosowną ofertę, z której wyraźnie wynika formalna poprawność załączonych dokumentów.

Odnosnie następnego zarzutu podnosi, że przesłanki do zastosowania instytucji poprawy „*innych omyłek*” w prowadzonym przez niego postępowaniu zaistniały. Zwrócił uwagę, iż omyłka Przystępującego została popełniona w Załączniku do oferty i dotyczy formularza, w którym Zamawiający wymagał od Wykonawcy wypełnienia jedynie jednej rubryki, tj. nazwy i adresu Wykonawcy. Świadczy o tym również adnotacja Zamawiającego na formularzu, iż: „*Wykonawcy proszeni są o wypełnienie pustej rubryki w niniejszym Załączniku do Oferty, tj. o wpisanie nazwy i adresu Wykonawcy*”. Pozostałe informacje we wskazanym Załączniku (w tym termin na rozpoczęcie robót) pochodziły od Zamawiającego, W toku postępowania natomiast (co Odwołujący szczegółowo opisał w uzasadnieniu odwołania) doszło do modyfikacji SIWZ i zmiany Załącznika w zakresie terminu mobilizacji. Oba formularze zostały zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego, skąd pobierali je oferenci, co jest bezsporne. Uwzględniając powyższe okoliczności, Zamawiający uznał, że wskazanie spornego terminu mobilizacji w ww. ofercie w pierwotnie obowiązującej wersji, tj. „*do 42 dni*”, zamiast „*do 1 miesiąca*” pojawiło się z uwagi na omyłkę w momencie pobierania formularza przedmiotowego załącznika do oferty przez Wykonawcę. Jednocześnie Zamawiający w sposób uprawniony uznał, że zachodzą przesłanki do poprawiania przedmiotowej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający podkreślił również, iż dokonana poprawa omyłki nie wywołała zmiany istotnej treści oferty Przystępującego. Nie jest bowiem prawdziwe twierdzenie Odwołującego, iż ww. zmiana automatycznie doprowadzi do zmiany czasu realizacji. Zwrócić uwagę, że termin na realizacji robót jest płynny (sformułowanie „*maksymalnie*”), dlatego zmiana okresu mobilizacji w rzeczywistości nie musi wpłynąć na przekroczenie czasu na ukończenie robót. Wskazał, iż omyłka polegająca na wydłużeniu o 14 dni okresu mobilizacji do momentu rozpoczęcia robót, w realizacji zamówienia mającego trwać 33 miesiące z pewnością nie ma charakteru istotnego, dlatego Zamawiający prawidłowo zastosował procedurę jej poprawy. Podkreślił, iż właśnie możliwość zapobiegania sytuacjom, w którym do unieważnienia postępowań - o często znacznej wartości - dochodziło w sytuacjach błahych i nie mających w rzeczywistości wpływu na postępowanie, przyświecała nowelizacji Pzp w roku 2008,

podczas której wprowadzono możliwość poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych. Przywołał uzasadnienie projektu nowelizacji (druk sejmowy nr 471 z 24.04.2008 r.). Podczas kilku lat obowiązywania ww. przepisu Pzp reguły jego stosowania zostały także wypracowane w orzecznictwie KIO. Stanowisko Izby w kwestii możliwości poprawy omyłek jest zgodne z poglądami przedstawionymi przez Zamawiającego. W wielu orzeczeniach (np. wyrok z dnia 21.06.2010 r. o sygn. akt: KIO/1039/10, wyrok z dnia 30.06.2010 o sygn. akt: KIO/1127/10, wyrok z dnia 26.08.2010 o sygn. akt: KIO 1166/10, wyrok z 18.06.2010 o sygn. akt: KIO 780/10, czy wyrok z dnia 24.03.2010 r. o sygn. akt: KIO/UZP 221/10), Izba dopuszczała możliwość poprawy analogicznych pomyłek. W uzasadnieniu tego ostatecznego orzeczenia Izba stwierdziła, iż dopuszczalne jest sanowanie błędów zaliczonych do kategorii wymienionych w art. 87 ust. 2 Pzp, która to instytucja w konsekwencji ma zapobiec odrzuceniu oferty z powodu niezgodności z treścią SIWZ. Nieuprawnione jest stawianie znaku równości pomiędzy istotnymi postanowieniami umowy, a istotnymi zmianami w treści oferty. Niejednokrotnie omyłka pojawia się w *essentialia negotii* przyszłej umowy np. w cenie oferty, a mimo to można ją poprawić. Decydujące znaczenie ma bowiem nie to, w jakim postanowieniu umowy (istotnym, czy nieistotnym) pojawiła się omyłka, ale to, czy omyłka ta powoduje istotne zmiany w treści oferty. Odnosząc się do możliwości poprawy terminu stwierdzono, iż przedmiotową omyłkę (skrócenie terminu o 10 dni) należy oceniać w świetle (...) niesprecyzowanego faktycznego czasu realizacji przyszłej umowy. (...) korekta nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zmiana terminu nie wpłynie bowiem na ocenę oferty pod kątem kryteriów oceny ofert, a ponadto błędne wskazanie daty nie zwalnia Odwołującego od obowiązku wykonania usługi w terminie wskazanym przez Zamawiającego i niezbędnym do prawidłowego wykonania całego zamówienia. Natomiast w orzeczeniu z dnia 30.06.2010 o sygn. akt: KIO/1127/10 Izba przesądziła, iż możliwe jest poprawianie treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich *essentialiae negotii*. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian.

W konsekwencji Zamawiający uznał, że należy poprawienie omyłki w treści oferty w zakresie wydłużonego o 14 dni terminu mobilizacji, przy terminie realizacji inwestycji rzędu 33 miesięcy, za poprawkę omyłki o charakterze nieistotnym. Przywołuje także wyrok z dnia 25.06.2010 o sygn. akt: KIO 1158/10. Odnośnie zarzutu trzeciego, Zamawiający wskazał, iż w żaden sposób dopisanie przez niego ww. określeń nie miało wpływu na treść oferty. Ww. omyłka ma charakter nieistotny, a wprowadzeniu przez Zamawiającego obowiązku oznaczenia oferty przyświecał jedynie cel porządkowy.

Odnośnie zarzutu czwartego, wskazał, że art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zobowiązuje Zamawiającego do niezwłocznego zawiadomienia Wykonawcy, którego oferta została

poprawiona o fakcie dokonania poprawienia omyłek. Przepisy Pzp nie wskazują, czy Wykonawca ma w takiej sytuacji podjąć jakiegokolwiek działania, w szczególności, czy ma złożyć odrębne oświadczenie w przedmiocie wyrażenia zgodny na dokonaną poprawkę. Czynność poprawienia omyłki jest skuteczna z chwilą zawiadomienia o niej Wykonawcy, zaś Wykonawca może nie zgodzić się na poprawienie omyłki w terminie wskazanym w art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, co powoduje, że oferta podlega odrzuceniu. Natomiast z przepisu nie wynika obowiązek odrębnego składania oświadczenia woli w kwestii wyrażenia zgody na dokonanie czynności przez Zamawiającego. (Wyrok KIO z dnia 08.09.2010 r., sygn. akt: KIO 1841/10, czy też wyrok z dnia 07.09.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1094/09). W związku z powyższym - pismo o treści: „*wyrażam zgodę*”, oznaczające potwierdzenie działań Zamawiającego - jako niewymagane przez Pzp w ogóle nie powinno wywoływać żadnych skutków. Po wtóre - po przeprowadzeniu analizy „*gramatycznej*” przedmiotowego zdania - należy dojść do zgoła odmiennych, niż Odwołujący, wniosków. Oceniając złożone przez Przystępującego oświadczenie woli należy dokonać jego interpretacji zgodnie z zasadami wykładni oświadczeń woli zawartymi w art. 65 kc. Wg poglądów piśmiennictwa, wszelkie oświadczenia woli należy tłumaczyć stosownie do okoliczności, w których zostały złożone, a pod uwagę powinny więc być brane zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, które pozostają w związku z kontekstem, w jakim dochodzi do złożenia oświadczenia woli. Kontekst ten jest wyznaczony przez elementy dotyczące miejsca dokonania czynności, rodzaju i celu danej czynności (tak M. Safian, w: Kodeks cywilny 1.1, red. K. Pietrzykowski, wydawnictwo C.H. Beck, wyd. V). Zamawiający wskazuje, iż przytoczone zdanie, czytane: „*literalnie*” pozbawione jest sensu. Dopiero dokonując jego analizy w oparciu o kontekst sytuacyjny, tj. posiadając wiedzę, iż jest to pismo stanowiące odpowiedź na informację Zamawiającego, można wywnioskować, iż Przystępujący wyraża zgodę na dokonane poprawki. Zamawiający wyraźnie także zaakcentował, iż Odwołujący nie zauważył, że w dokumentacji postępowania znajduje się drugie pismo Energopolu, również datowane na 31.01.2011 r. (wpł. do Zamawiającego w dnia 07.02.2011 r., a więc przed upływem terminu na składanie wyjaśnień). Z jego treści wynika, że precyzuje ono wcześniejsze pismo: („*Przepraszamy za błąd stylistyczny w skierowanym do Państwa piśmie z dnia 31.01.2011 r. nr NO/186/04/10*”), w sposób nie nasuwający żadnej wątpliwości co do Intencji Przystępującego: „*Wyrażamy zgodę na dokonaną przez Państwa poprawę omyłki polegająca na wykreśleniu słów: „do 42 dni” i zastąpieniu ich sformułowaniem: „do 1 miesiąca*”.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z materiałem dowodowym wskazanym

poniżej, postanowieniami SIWZ, odpowiedzią na pytanie 6 zamieszczoną na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 16.12.2010 r.; tekstem jedn. IDW oraz ZAŁĄCZNIKA DO OFERTY zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 16.12.2010 r.; oraz z tekstem jedn. IDW oraz ZAŁĄCZNIKA DO OFERTY zamieszczonych ponownie na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 04.01.2011 r. ofertą Przystępującego, pismem Zamawiającego z dnia 27.01.2011 r., odpowiedzią Przystępującego z dnia 31.01.2011 r., drugim pismem Zamawiającego datowanym na 31.01.2011 r. (otrzymanym 07.02.2011 r.), informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 10.02.2011 r., odwołaniem, przystąpieniem do postępowania odwoławczego, odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert zaraz po ofercie uznanej za najkorzystniejszą, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania popartego na posiedzeniu przez Przystępującego, Izba oddała niniejszy wniosek. Po pierwsze, z uwagi na fakt, że kwestia interesu w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp ma charakter materialno-prawny i podlega rozpatrzeniu na rozprawie. Po drugie odnosząc się merytorycznie wskazuje, że Zamawiający nie wykazał (nie przedstawił żadnego dokumentu, np. wyciągu z budżetu, planu finansowego wniosku aplikacyjnego, czy też oświadczenia głównego księgowego) braku dysponowania dodatkowymi środkami finansowymi (tak podmiotów trzecich współfinansujących, jak i własnymi), które nie mogą być przeznaczone na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia w wypadku wyboru oferty Przystępującego. Po trzecie, Izba wskazuje dodatkowo, że przedmiotowa kwestia odnosi się do ewentualnej czynności przyszłej, która jeszcze nie miała miejsca, a która mogłaby być przedmiotem odrębnego odwołania.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, odpowiedzi na pytanie 6 zamieszczonej na stronie

internetowej Zamawiającego w dniu 16.12.2010 r.; tekstem jedn. IDW oraz ZAŁĄCZNIKA DO OFERTY zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 16.12.2010 r. oraz z tekstem jedn. IDW oraz ZAŁĄCZNIKA DO OFERTY zamieszczonych ponownie na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 04.01.2011 r., oferty Przystępującego, pisma Zamawiającego z dnia 27.01.2011 r., odpowiedzi Przystępującego z dnia 31.01.2011 r., drugiego pisma Zamawiającego datowanego na 31.01.2011 r. (otrzymanym 07.02.2011 r.), informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 10.02.2011 r., odwołania, przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedzi na odwołanie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego ust. 15 pkt 15.2 ppkt 15.2.7 IDW, a w konsekwencji § 6 ust. 1 zd. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) oraz art. 26 ust. 3 Pzp został przez Odwołującego cofnięty na rozprawie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jak i art. 7 ust. 1 Pzp po przez: 1) nieuprawnione poprawienia niewłaściwego terminu na rozpoczęcie robót (w zakresie terminu okresu mobilizacji) zawartego w ZAŁĄCZNIKU DO OFERTY (klauzula 8.1 Data Rozpoczęcia) oraz 2) bezpodstawnego poprawienia omyłki w zakresie dopisania brakujących określeń: „Oryginał” i „Kopia” na złożonych przez Przystępującego egzemplarzach oferty, Izba uznała za niezasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

W pierwszym wypadku:

Po pierwsze, w ramach odpowiedzi na pytanie 6 zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 16.12.2010 r. zmienił pierwotne postanowienia SIWZ i wskazał:

„Pytanie 6:

Prosimy o jednoznaczne wyjaśnienie terminu wykonania zamówienia bowiem stwierdzamy wystąpienie następujących rozbieżności:

wg IDW:

„8. Czas trwania zamówienia

Czas trwania zamówienia wynosi maksymalnie 33 miesiące i 14 dni i obejmuje:

(i) Okres mobilizacji, który wynosi maksymalnie 42 dni (licząc od daty podpisania Kontraktu, tzn. od daty udzielenia zamówienia, do Daty rozpoczęcia Robót).

(ii) Czas na Ukończenie Robót, który wynosi maksymalnie 20 miesięcy (Czas na Ukończenie

Robót liczony jest od Daty Rozpoczęcia); oraz
 (iii) Okres Zgłaszania wad, który wynosi 12 miesięcy (liczony od daty wystawienia Świadectwa Przejęcia, potwierdzającego ukończenie Robót)"
 gdzie: 33 miesiące i 14 dni ≠ 42 dni i 20 miesięcy i 12 miesięcy
 wg Ogłoszenia o zamówieniu:
 „II.3) Czas trwania zamówienia lub termin realizacji - okres w miesiącach: 33 (od udzielenia zamówienia)"
 Odpowiedź:
 Zamawiający informuje, że zmieni treść punktu 8 Instrukcji dla Wykonawców w następujący sposób:

Jest:

„8. Czas trwania zamówienia
 Czas trwania zamówienia wynosi maksymalnie 33 miesiące i 14 dni i obejmuje:
 (i) Okres mobilizacji, który wynosi maksymalnie 42 dni (licząc od daty podpisania Kontraktu, tzn. od daty udzielenia zamówienia, do Daty rozpoczęcia Robót).
 (ii) Czas na Ukończenie Robót, który wynosi maksymalnie 20 miesięcy (Czas na Ukończenie Robót liczony jest od Daty Rozpoczęcia); oraz
 Robót liczony jest od Daty Rozpoczęcia); oraz
 (iii) Okres Zgłaszania wad, który wynosi 12 miesięcy (liczony od daty wystawienia Świadectwa Przejęcia, potwierdzającego ukończenie Robót)"

Winno być

„8- Czas trwania zamówienia
 Czas trwania zamówienia wynosi maksymalnie 33 miesiące i obejmuje:
 (i) Okres mobilizacji, który wynosi maksymalnie 1 miesiąc (licząc od daty podpisania Kontraktu, tzn. od daty udzielenia zamówienia, do Daty rozpoczęcia Robót).
 (ii) Czas na Ukończenie Robót, który wynosi maksymalnie 20 miesięcy (Czas na Ukończenie Robót liczony jest od Daty Rozpoczęcia); oraz
 (iii) Okres Zgłaszania wad, który wynosi 12 miesięcy (liczony od daty wystawienia Świadectwa Przejęcia, potwierdzającego ukończenie Robót)"

Jednocześnie Zamawiający informuje, że zmieni Załącznik do Oferty w zakresie klauzuli 8.1 w następujący sposób:

Jest:

Data Rozpoczęcia	8.1	do 42 dni od daty wejścia Kontraktu w życie
------------------	-----	---

Winno być:

Data Rozpoczęcia	8.1	do 1 miesiąca od daty wejścia Kontraktu w życie
------------------	-----	---

Zamawiający informuje, że zamieścił na swojej stronie internetowej w zakładce „Przetargi/JRP-11/2010 - Modernizacja kanalizacji ogólnospławnej w Żmigrodzie" jednolity tekst Instrukcji dla Wykonawców, zawierający dokonane modyfikacje.

Zmiany wprowadzone przez Zamawiającego w Instrukcji dla Wykonawców nie powoduje zmiany treści Ogłoszenia o zamówieniu.”

Po drugie, powyższe postanowienia SIWZ zostały zawarte w tekście jedn. IDW oraz ZAŁĄCZNIKA DO OFERTY zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 16.12.2010 r.; oraz w tekście jedn. IDW oraz ZAŁĄCZNIKA DO OFERTY zamieszczonych ponownie na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 04.01.2011 r.

Przystępujący w ramach złożonej oferty (str. 4 oferty) - *załącznik do Oferty* w zakresie klauzuli 8.1 złożył oświadczenie:

Data Rozpoczęcia	8.1	do 42 dni od daty wejścia Kontraktu w życie
------------------	-----	---

Podczas badania ofert Zamawiający wobec różnicy pomiędzy wymaganym w ust. 8 IDW i w ZAŁĄCZNIKU DO OFERTY w Klauzuli 8.1 Data Rozpoczęcia okresem mobilizacji, a okresem mobilizacji zaproponowanym w ofercie Przystępującego, uznał zaistniałą rozbieżność za: „*inną omyłkę*” i w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dokonał jej poprawki, powiadamiając o tym Przystępującego pismem z dnia 27.01.2011 r.

W drugim wypadku, Zamawiający zgodnie z pkt 14.2.1 IDW wymagał: „*aby oferta była sporządzona w języku polskim, w 3 egzemplarzach (1 oryginał oznakowany jako „oryginał” i 2 kopie – kopia może być kserokopią oryginału, oznakowana jako „kopia”*”.

Przystępujący złożył oryginalną ofertę wraz z 2 kopiami, jednakże nie zawarł na niniejszych ofertach adnotacji „oryginał”, czy też „kopia”. Zamawiający uznał brak wymaganych adnotacji za: „*inną omyłkę*” i w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dokonał stosownej poprawki (zamieszczając stosowne adnotacje), powiadamiając o tym Przystępującego pismem z dnia 27.01.2011 r.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie pierwszej kwestii (kwalifikowanej jako zarzut drugi), Izba stoi na stanowisku, iż w przedmiotowym stanie faktycznym były podstawy do zastosowania trybu wynikającego z art. 82 ust. 2 pkt 3 Pzp. Sposób jej poprawienia nie daje Zamawiającemu żadnych arbitralnych decyzji i nie wymaga konsultacji z Wykonawcą, tym bardziej, że Zamawiający nie dopuścił możliwości dowolnego zaproponowania terminu okresu mobilizacji, a wymagał jedynie akceptacji wprowadzonego modyfikacją: „do 1 miesiąca od daty wejścia Kontraktu w życie”. Okoliczności sprawy wskazują, że działanie Przystępującego i złożenie oświadczenia na stronie 4 oferty (względem Klauzuli 8.1) jest działaniem niezamierzonym, popełnionym pod wpływem błędu, a poprawienie omyłki jest zgodne z intencją wykonawcy, składającego ofertę. Izba nie neguje stanowiska Odwołującego o nadzwyczajnej staranności w wprowadzaniu modyfikacji IDW przez Zamawiającego, jednakże nie może to samo w sobie świadczyć o celowości działań Przystępującego i odbierania mu prawa do popełniania „innych omyłek”. Izba pragnie także podkreślić, że nie bez wpływu na wynik sprawy, pozostaje okoliczność tego rodzaju, że czas trwania zamówienia został określony poprzez ujęcie w terminach niesztynnych, lecz maksymalnych co wskazuje na świadomość Zamawiającego co do złożoności procesu inwestycyjnego i w dużej mierze wstępny charakter przyjętych terminów uzależnionych także w dużej mierze od samodzielnych działań Wykonawcy realizującego zamówienie. Na

wstępny charakter przyjętych terminów wskazywał także Sąd Okręgowy w Zielonej Górze w wyroku z dnia 29.12.2009 r., sygn. akt: V Gaz 94/09 przywołanym przez Przystępującego.

Odnośnie drugiej kwestii (kwalifikowanej jako zarzut trzeci), Izba wskazuje, że zaistniały stan faktyczny w żadnym wypadku nie może być uznany za dający podstawę do odrzucenia oferty Przystępującego. W ocenie Izby, mamy co najwyżej do czynienia z uchybieniem co do formy, a nie co do treści oferty. Jeżeli oferta spełnia cel wymagań formalnych, ale w sposób niekoniecznie taki, jak żądał Zamawiający, to istotne było, czy cel został osiągnięty, a nie czy forma stanowi odzwierciedlenie życzeń Zamawiającego (podobnie w wyroku KIO z dnia 15.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 277/08, sygn. akt: KIO/UZP 286/08, czy też wyrok KIO z dnia 16.12.2010 r., sygn. akt: KIO/2635/10). Działania Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, w ocenie Izby nie były konieczne, gdyż nawet mimo braku adnotacji było wiadomym, które egzemplarze oferty to kopie, jednakże dopuszczalne i nie naruszające trybu wynikającego z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego przez Zamawiającego ust. 28 pkt 28.4. ppkt 28.4.2. IDW, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, Izba uznała za niezasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 27.01.2011 r., Przystępujący przesłał pismo z dnia 31.01.2011 r. zawierające m.in. następujące oświadczenia: *„Wyrażamy zgodę na dokonaną przez Państwa omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty w sposób polegający na dopisaniu „oryginału” na pierwszej stronie egzemplarza oferty opatrzonym oryginałami pieczęci i podpisów oraz dopisaniu „kopia” na pierwszej stronie egzemplarza, które nie SA opatrzone oryginałami pieczęci i podpisów.”* (..) *„Wyrażamy zgodę na dokonaną przez państwo omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty w sposób polegający na wykreślenia słów ‘do 42 dni’ i zastąpieniu ich sformułowaniem „do 1 miesiąca”.*

W dniu 07.02.2011 r. wpłynęło do Zamawiającego dodatkowe pismo datowane na dzień 31.01.2011 r. w ramach którego zawarto następujące stwierdzenie: *„Przepraszamy za błąd stylistyczny w skierowanym do Państwa piśmie z dnia 31.01.2011 r. nr NO/186/04/10”.*

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba zgadza się z argumentacją Zamawiającego zawartą w dopowiedzi na odwołanie popartą na rozprawie przez Przystępującego, a wynikającą z orzecznictwa KIO, że z art. 89 ust.1 pkt 7 Pzp nie wynika obowiązek składania odrębnego oświadczenia

woli w kwestii wyrażenia zgody na dokonanie czynności przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W tym zakresie wymagany jest jedynie ewentualny jednoznaczny sprzeciw. W przedmiotowym stanie faktycznym, w żadnym wypadku nie można uznać oświadczenia woli złożonego przez Przystępującego w ramach pisma z dnia 31.01.2011 r. za sprzeciw odnośnie czynności Zamawiającego: „Wyrażam zgodę”.

Po drugie, zasadna jest również argumentacja odnośnie konieczności zastosowania wykładni złożonego oświadczenia zgodnie z zasadami wykładni zawartymi w art. 65 kc i w kontekście czynności o której Zamawiający poinformował Przystępującego pismem z dnia 27.01.2011 r. (zawiera jednoznaczne odesłanie do sygnatury przedmiotowego pisma).

Po trzecie, Izba pragnie zauważyć w kontekście drugiego pisma datowanego na dzień 31.01.2011 r. otrzymanego przez Zamawiającego w dniu 07.02.2011 r., że termin wynikający z art. 89 ust.1 pkt 7 Pzp dotyczy jednoznacznego sprzeciwu, nie zaś kwestii fakultatywnego wyrażenia zgody, w konsekwencji uznać należy, że wobec braku terminu w Pzp na fakultatywne wyrażenie zgody, przywołane pismo jest wiążące dla Zamawiającego i dodatkowo potwierdza, zasadność dokonanej wykładni.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec nie potwierdzenia się zarzutów postawionych przez Odwołującego, Izba uznała, że także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów dojazdu Zamawiającego na rozprawę (208,55 zł) zgodnie z przedłożoną kopią faktury VAT (§ 3 pkt 2 lit. a w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....