

Sygn. akt KIO/UZP 267/08

WYROK
z dnia 20 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Anna Majstrowicz

Jolanta Markowska

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 marca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Sudeckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o. o., Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o. o.** z siedzibą w Jeleniej Górze, ul. Kaczawska 19 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Chojnów, ul. Fabryczna 1** protestu z dnia **17 lutego 2009 r.**

przy udziale **COLAS Polska sp. z o. o. ul. Nowa 49; Pałędzie** - po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm: Sudeckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o. o., Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o. o. z siedzibą w Jeleniej Górze, ul. Kaczawska 19** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum firm: Sudeckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o. o., Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o. o. z siedzibą w Jeleniej Górze, ul. Kaczawska 19;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx złoty xxx groszy) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Sudeckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o. o., Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o. o. z siedzibą w Jeleniej Górze, ul. Kaczawska 19.**

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

Zamawiający – Urząd Gminy Chojnów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę drogi na terenie przeznaczonym pod rozwój gospodarczy TAG w Okmianach, na odcinku od km 0+200 do km 1+328 - etap II oraz budowa skrzyżowania drogi krajowej nr 4 z drogą gminną TAG (działka Nr 450/33) w Okmianach - etap III”, w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 stycznia 2009 roku pod pozycją 14399.

Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający, pismem z dnia 10 lutego 2009 roku przesłał wykonawcom w dniu 11 lutego 2009 roku.

Dnia 17 lutego 2009 roku (pismo z dnia 16 lutego 2009 r.) Wykonawca – COLAS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Pałędzie wniósł protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum firm: Sudeckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o. i Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o.;
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty konsorcjum firm: Sudeckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o. i Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym wniósł o:

- uwzględnienie protestu,
- dokonanie ponownej oceny ofert.

Uzasadniając wskazał, iż zgodnie z działem VII. "Oświadczenia i dokumenty, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu"

- pkt 1, na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale VI specyfikacji, Wykonawcy zobowiązani byli przedstawić wymienione w niniejszym punkcie oświadczenia i dokumenty. W spisie wymaganych oświadczeń i

dokumentów w poz. 14) znajduje się „*Harmonogram rzeczowo-finansowy załącznik nr 9 do siwz (dane w oparciu o kosztorys)*”. Konsorcjum firm: Sudeckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o. i Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. dołączyło do oferty wymagany *Harmonogram* jednak niezgodny z wymaganiami Zamawiającego. Zgodnie, bowiem ze wzorem *Harmonogramu*, nagłówek tabeli przewidywał podanie w odpowiednich miesiącach - etapach realizacji zamówienia - kwoty brutto. Konsorcjum w tabeli nie podało rozłożenia cenowego na poszczególne miesiące realizacji budowy, tylko linie długości poszczególnych robót w realizacji przedmiotowego zamówienia. Zdaniem Protestującego Konsorcjum złożyło ofertę niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w związku z czym Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę Konsorcjum.

Ponadto zwrócił uwagę, że zgodnie z pkt. 1 - 8 działu IX. SIWZ „Sposób przygotowania oferty” – „Poza wypełnieniem miejsc do tego przewidzianych, wykonawca nie może skreślić, odpisywać ani w jakikolwiek sposób zmieniać tekstu dokumentów otrzymanych od zamawiającego”. W związku z czym Wykonawcy zobowiązani byli wypełnić prawidłowo załączniki dołączone do specyfikacji.

W przedmiotowym postępowaniu zostało złożonych 6 ofert. Powyższe zarzuty dotyczą Wykonawcy, którego oferta w stosunku do ceny zaoferowanej przez Protestującego jest niższa, a cena stanowiła jedyne kryterium oceny ofert, co zdaniem Protestującego dowodzi, iż interes prawny Protestującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wymienionych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dnia 19 lutego 2009 roku Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 23 lutego 2009 roku (pismo z dnia 20 lutego 2009 r.) Konsorcjum firm: Sudeckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o. i Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. przystąpiło do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Przystępujący nie zgodził się z zarzutami i argumentacją przedstawioną przez Protestującego. Wskazał, iż wg. siwz do oferty należało dołączyć szereg załączników. Wzory tych dokumentów były zamieszczone w siwz. Przytaczany przez Protestującego zapis pkt VI 1.8. siwz zawierał zakaz zmieniania treści dokumentów składających się na ofertę. Nie określał natomiast sposobu wypełnienia tych dokumentów. W dniu 16 stycznia 2009 r. Zamawiający w istotny sposób zmienił zapisy siwz w zakresie umowy - co w konsekwencji przekładało się

na sposób wypełnienia załącznika Nr 9. Zamawiający dokonał odpowiadając na pytanie Nr 1 zmiany umowy w zakresie § 4 nadając mu nowe brzmienie: „9.4. *Należne Wykonawcy wynagrodzenie będzie płatne na podstawie faktury VAT w trzech częściach: I część do 15 maja 2009 r. - 70% wartości wykonania zakresu robót II etapu, II część do 15 czerwca 2009 r. - 30% wartości wykonania zakresu robót II etapu, III część po zakończeniu wykonania zakresu robót III etapu*”. Wprowadzona zmiana spowodowała w istocie zbędność umieszczenia w harmonogramie wartości robót przewidzianych do wykonania w okresach miesięcznych. W związku z tym Przystępujący zrezygnował z podania w harmonogramie wartości kwotowych przyjmując, że dopuszczalne (i co więcej logiczne) jest oznaczenie zakresu rzeczowego liniowo, gdyż wobec omówionej wyżej zmiany siwz kwoty nie mają znaczenia.

Z ostrożności Przystępujący wywodził, iż gdyby przyjąć odmienną interpretację, tj. że do załącznika nr 9 należało wpisać kwoty, to sposób liniowego wypełnienia tego załącznika przez Przystępującego w kontekście całokształtu zapisów siwz stanowi co najwyżej oczywistą omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodującą istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający w toku rozpatrywania protestu winien ją poprawić w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Treść oferty Przystępującego jest zgodna z siwz w części dot. opisu przedmiotu zamówienia oraz terminu wykonania zamówienia. Oferowana cena nie budzi wątpliwości. Terminy płatności zostały przez Zamawiającego z góry narzucone, a Przystępujący je zaakceptował w formularzu oferty (pkt 1-4). W ocenie Przystępującego wypełnienie liniowo załącznika nr 9 winno być co do zasady rozpatrywane w kategoriach formalnych tj. formy oferty.

Zamawiający pismem z dnia 26 lutego 2009 roku protest uwzględnił i zgodnie z żądaniami Protestującego dokonał czynności polegającej na:

- unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- dokonaniu ponownej czynności badania i oceny ofert,
- dokonaniu ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 26 lutego 2009 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty konsorcjum firm: Sudeckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o. i Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o., które to czynności dokonał zgodnie z rozstrzygnięciem protestu.

Od rozstrzygnięcia protestu Przystępujący dnia 3 marca 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne ustalenie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż posiada błędnie wypełniony harmonogram rzeczowo-finansowy, przez co zachodzą przesłanki do jej odrzucenia - w sytuacji, gdy dokument ten ma wyłącznie znaczenie formalne i w części co do której zarzucane jest błędne wypełnienia nie zawiera jakichkolwiek danych, które stanowią treść oferty,
- 2) nawet przy przyjęciu, że złożony przez Odwołującego harmonogram rzeczowo-finansowy w części jest wypełniony niezgodnie z wymaganiami siwz, naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 przy rozpatrywaniu protestu , poprzez zaniechanie zastosowania tego przepisu,
- 3) skutkiem naruszeń z pkt 1 stworzenie stanu uprzywilejowania innych wykonawców co jest naruszeniem przepisu art. 7 pzp,
- 4) w konsekwencji naruszeń wskazanych w pkt poprzedzających naruszenie art. 91 ust. 1 pzp poprzez zmianę wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji barku uprawomocnienia rozstrzygnięcia protestu.

Skutkiem wymienionych naruszeń narażony został na uszczerbek interes prawny Odwołującego, który spełnia postawione warunki i przedstawił najkorzystniejszą i zgodną z siwz ofertę, a przedstawiona w rozstrzygnięciu protestu przez Zamawiającego ocena spowodowała wyeliminowanie Odwołującego z postępowania , przez co nie będzie on mógł uzyskać zamówienia.

Wobec powyższego wniósł o:

1. Dopuszczenie do udziału w posiedzeniu niejawnym (art. 187 ust. 5 pzp),
2. Uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności uwzględnienia protestu z dnia 17 lutego 2009 roku i powtórnej oceny ofert jak również wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając wskazał, iż w dniu 16 stycznia 2009 r. Zamawiający w istotny sposób zmienił postanowienia siwz w zakresie umowy - co w konsekwencji przekładało się na sposób wypełnienia załącznika nr 9. Zamawiający dokonał - odpowiadając na Pytanie nr 1 - zmiany umowy w zakresie § 4 nadając mu nowe brzmienie: „9.4. *Należne Wykonawcy wynagrodzenie będzie płatne na podstawie faktury VAT w trzech częściach: I część do 15*

mają 2009 r. - 70% wartości wykonania zakresu robót II etapu, II część do 15 czerwca 2009 r. - 30% wartości wykonania zakresu robót II etapu, III część po zakończeniu wykonania zakresu robót III etapu". W ślad za tą zmianą Zamawiający nie dokonał weryfikacji załącznika nr 9 w części kwestionowanej tj. nie dostosował tytułu kolumny „*Harmonogram realizacji w 2009 r. (w kwotach brutto)*” do zmienionego zapisu umowy. Nie zmienił również innych zapisów umowy - w szczególności tych, które dotyczyły odbioru robót; nadal przedmiotem odbioru był wykonany w całości przedmiot zamówienia. W praktyce efekt tej zmiany był taki, że narzucone w § 4 umowy terminy płatności częściowych, były zupełnie niezależne od określonego w zał. nr 9 harmonogramu realizacji. Odniesione zostały bowiem do wykonania zakresu rzeczowego, przez co miały charakter zaliczek. W tym stanie rzeczy Odwołujący uznał, że zbędne jest umieszczanie w harmonogramie wartości robót przewidzianych do wykonania w okresach miesięcznych, gdyż wzór umowy z góry narzucał sposób płatności, czyniąc go niezależnym od danych płynących z zał. nr 9. Z tego powodu wypełnił tę część harmonogramu metodą liniową. Żaden z zapisów siwz nie zabraniał takiego sposobu wypełnienia zał. Nr 9.

Przytaczany przez Protestującego zapis pkt VI 1.8. siwz zawiera zakaz zmieniania treści dokumentów składających się na ofertę. Nie określa natomiast sposobu wypełnienia tych dokumentów. Odwołujący treści dokumentów nie zmieniał - wypełni je w sposób dopuszczalny. Wypełnienie przez Odwołującego omawianego harmonogramu metodą liniową nie ma żadnego znaczenia dla zgodności oferty z wymaganiami siwz, gdyż koszt poszczególnych etapów wynika z kolumny „*Koszty inwestycji*” a linia odnosi się do wartości brutto. Treść § 4 wzoru umowy określa sposób płatności oraz wysokość procentową odnoszoną do wartości wykonania.

W ocenie Odwołującego wypełnienie „liniowo” załącznika nr 9 winno być co do zasady rozpatrywane w kategoriach formalnych tj. formy oferty. W oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp nie można oferty odrzucić jeżeli nie w pełni odpowiada ona formie jakiej wymagano w siwz. Ocenie tej odpowiadają ugruntowane poglądy doktryny: „*Podstawą odrzucenia oferty jest niezgodność jej treści z treścią SIWZ, a contrario za sprzeczne z ustawą należy uznać odrzucenie oferty z powodu niespełnienia ustalonych przez zamawiającego wymogów dotyczących jej formy*”. Potwierdził to Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 15 lipca 2004 r. (UZP/ZOI0-1058/04) stwierdzając, że „*skoro zamawiający zarzucił ofercie odwołującego tylko uchybienia formalne, należy uznać, iż jej treść zgodna jest z SIWZ. Zatem w zaistniałym stanie faktycznym, w ocenie Zespołu Arbitrów, zamawiający niesłusznie normę prawną zawartą w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych interpretuje*

rozszerzając ją na uchybienia formalne” (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata Komentarz LEX 2007 Komentarz do art. 89 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223. 1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III. Stan prawny: 2007.10.12). Cytowane poglądy doktryny i linia orzecznicza są nadal aktualne: (Por. teza 3 Wyroku z dnia 28 marca 2008 r. KIO przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych KIO/UZP 209/08 „Podstawę do odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, może stanowić jedynie treść merytoryczna danej oferty. Podstawa do stwierdzenia niezgodności ze specyfikacją może wynikać np. z zaproponowania przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji odmiennego od wymaganego przez zamawiającego. Uchybienia dotyczące formy oferty nie mogą stanowić podstaw do jej odrzucenia.” LEX nr 396003).

Z ostrożności, Odwołujący podniósł, iż gdyby przyjąć odmienną interpretację, tj. że do załącznika nr 9 należało wpisać kwoty, to sposób liniowego wypełnienia tego załącznika przez Odwołującego w kontekście całokształtu zapisów siwz stanowi co najwyżej oczywistą omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający w toku rozpatrywania protestu winien ją poprawić w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Wobec przedstawionej wyżej argumentacji ewidentnym jest, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający rozpatrując protest naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 i art. 7 ustawy Pzp. W tej sytuacji odwołanie jest konieczne i zasadne.

Dnia 12 marca 2009 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Wykonawca – COLAS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Pałędzie.

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, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Środki ochrony prawnej przysługują każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, gdy taki podmiot dozna lub choćby zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku naruszenia przepisów. Interes prawny posiada każdy podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu i choćby tylko może doznać uszczerbku w naruszeniu przez Zamawiającego

przepisów ustawy. Tym samym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych prowadzić może do uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą. Odwołujący złożył odwołanie w wyniku niekorzystnego dla niego rozstrzygnięcia protestu wniesionego przez Wykonawcę COLAS Polska sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutów postawionych przez Odwołującego Izba stwierdziła, co następuje:

Odnosnie zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie stwierdziła naruszenia tego przepisu przez Zamawiającego. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawił wymóg (dział VII ust. 1 pkt 14) aby wykonawcy przedstawili „*Harmonogram rzeczowo-finansowy załącznik Nr 9 do s.i.w.z. (dane w oparciu o kosztorys)*”. Zgodnie z treścią przepisu działu IX ust. 1 pkt 8 „*Poza wypełnieniem miejsc do tego przewidzianych, wykonawca nie może skreślić, odpisywać ani w jakikolwiek sposób zmieniać tekstu dokumentów otrzymanych od zamawiającego*”. Ponadto Zamawiający pismem z dnia 16 stycznia 2009 roku zmienił treść § 9 pkt 9.4 projektu umowy nadając mu nowe brzmienie, tj. „*9.4. Należne Wykonawcy wynagrodzenie będzie płatne na podstawie faktury VAT w trzech częściach: I część do 15 maja 2009 r. - 70% wartości wykonania zakresu robót II etapu, II część do 15 czerwca 2009 r. - 30% wartości wykonania zakresu robót II etapu, III część po zakończeniu wykonania zakresu robót III etapu*”.

Odwołujący składając swoją ofertę, w tym harmonogram rzeczowo-finansowy nie dostosował się do żądania Zamawiającego, gdyż wypełnił powyższy harmonogram wskazując jedynie czasookres trwania danego rodzaju robót do wykonania. Wymogiem postawionym przez Zamawiającego było podanie – zgodnie z tytułem kolumny – harmonogramu realizacji w 2009 roku (w kwotach brutto) – w rozbiciu na poszczególne miesiące. Odwołujący tego nie uczynił. Ponadto na rozprawie przyznał, że w żadnym miejscu jego oferty nie znajduje się informacja pozwalająca na obliczenie konkretnej kwoty na dany miesiąc realizacji danego rodzaju robót.

Izba zwraca również uwagę na fakt, iż Odwołujący nieprawidłowo sporządził harmonogram rzeczowo-finansowy, gdyż z harmonogramu tego wynika, że koniec wykonania etapu II robót nastąpi na koniec miesiąca sierpnia 2009 roku. Zamawiający natomiast w wyjaśnieniu z dnia 16 stycznia 2009 roku narzucił konieczność zakończenia wykonania II etapu robót do dnia 15 czerwca 2009 roku, ponieważ płatność za ten etap nastąpi właśnie do 15 czerwca 2009 roku.

Postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego jest sformalizowane i oparte na sztywnych regułach wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 października 2005 roku, sygn. akt V Ca 398/05). Formalizm ten uzasadnia stosowanie rygorów w przypadku ofert niespełniających wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wyrok SO w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 28 września 2005 roku, sygn. akt II CA 29/05).

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, iż w celu prawidłowego rozpatrzenia zarzutu konieczne jest stwierdzenie czy inne, niż tego wymagał Zamawiający wypełnienie załącznika Nr 9 – Harmonogramu rzeczowo-finansowego stanowi o jego niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy też jest to brak formalny.

„Oferta” jest pojęciem z zakresu prawa cywilnego materialnego, której definicja sformułowana jest w art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego (k.c.). Tak więc oferta jest to „*Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy*”. Oferta jest oświadczeniem woli skierowanym do drugiej strony jako propozycja zawarcia umowy, ale także oferta musi zawierać, co najmniej minimalną treść proponowanej umowy (jej istotne postanowienia). Wymaganie to wynika z roli, jaka przypada adresatowi oferty – może doprowadzić do zawarcia umowy przez przyjęcie oferty. Instytucję oferty jako sposobu zawarcia umowy cywilnoprawnej stosuje się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z tym, że adresatem oferty Wykonawcy jest Zamawiający, a istotne postanowienia umowy są określane przez Wykonawcę składającego ofertę na podstawie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferta musi być złożona na piśmie. Niezachowanie formy pisemnej skutkuje nieważnością oferty, przy czym jest to nieważność bezwzględna (art. 73 § 1 k.c.), co oznacza, że nie wywołuje ona od początku określonych w niej skutków prawnych.

Jako, że w ustawie brak jest definicji legalnej oferty, w praktyce zamówień publicznych utrwalił się pogląd zaprezentowany w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05, Biuletyn SN 2005/10/7. Sąd Najwyższy stwierdził, że skoro w specyfikacji istotnych warunków zamówienia został zawarty obowiązek wykonawcy przedstawienia zamawiającemu informacji na potwierdzenie ich spełnienia, a treść oferty

musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, „*oznacza to, że informacje te są elementem oferty (...) i to bez względu na to, czy zostały one objęte skutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania*”. Podzielając ten pogląd Sądu Najwyższego, należy uznać, że elementem oferty są też dokumenty przedstawione przez wykonawcę, potwierdzające spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Tym samym skład orzekający Izby uznał, iż oferta Odwołującego zawiera błąd, co do jej treści, niepozwalający na zawarcie wiążącej strony przyszłej umowy o zamówienie publiczne, z uwagi na fakt, iż treść oferty Odwołującego nie podpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto Izba stwierdziła, że ewentualny zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp również nie potwierdził się. Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje Zamawiającemu poprawienia w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Przepis ten zezwala więc Zamawiającemu na ingerencję w treść złożonej przez wykonawcę oferty. Jednakże ingerencja ta została ograniczona do poprawienia omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. W przedmiotowym postępowaniu trudno byłoby uznać, iż Zamawiający miał taką możliwość czy też taki obowiązek – jak wskazuje Odwołujący. Błędne założenie takiej możliwości doprowadziłoby, zdaniem Izby do naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż faktycznie doprowadziłoby do zmiany treści oferty. Dopuszczona art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp możliwa ingerencja w treść oferty, zdaniem Izby może być możliwa jedynie w przypadku, gdy poprawa dokonana przez Zamawiającego nie będzie prowadziła do zmiany zaoferowanego przez wykonawców świadczenia.

Odwołujący nie udowodnił na rozprawie, że taka czynność jest możliwa w oparciu o treść złożonej oferty – brak możliwości wyliczenia (samodzielnie przez Zamawiającego) kwot brutto za każdy miesiąc realizacji danego zakresu robót (załącznik Nr 9 do s.i.w.z. – strona 98 oferty).

W konsekwencji powyższych ustaleń nie potwierdził się również zarzut naruszenia przepisów art. 7 oraz 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby oddalając odwołanie wskazuje, iż Zamawiający uwzględniając protest – zgodnie z przepisem art. 183 ust. 5 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych powtarza

oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej niezwłocznie – jeżeli uwzględnił wszystkie zgłoszone żądania.

Wobec faktu, iż żądania Przystępującego i Protestującego są sprzeczne, Zamawiający nie miał możliwości uwzględnienia wszystkich żądań w rozumieniu ww. przepisu. Powtórzenie w tej sytuacji czynności przez Zamawiającego uznać należy za przedwczesne.

Na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*