

Sygn. akt: KIO 1443/17

**WYROK**  
**z dnia 25 lipca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Mateusz Zientak**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 25 lipca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lipca 2017r. przez **wykonawcę P. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. O. A. U. H. z siedzibą w M., ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę C. z siedzibą w C., ul. (...)**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę P. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. O. A. U. H. z siedzibą w M., ul. (...)** i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę P. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. O. A. U.H. z siedzibą w M., ul(...)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawcy P. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. O. A. U. H. z siedzibą w M., ul. (...)** na rzecz **Gminy C. z siedzibą w C., ul. (...)** kwotę **3 600zł. 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych(t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **dla Warszawy – Pragi w Warszawie.**

**Przewodniczący: .....**



**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na budowę przydomowych przepompowni ścieków w Gminie C. zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 31 maja 2017r. za numerem 522126-N-2017.

W dniu 10 lipca 2017r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania tj. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez J. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. J. T. z siedzibą w C. D., ul. (...) z przyznaną ilości punktów cena brutto znaczenie 60% - 50,79 pkt i gwarancja znaczenie 40% - 40 pkt. Łącznie 90, 79 pkt. oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy P. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. O. A. U.i H. z siedzibą w M., ul. (...) – dalej odwołujący na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż wskazanie terminu wykonania robót jest istotnym elementem oferty, ponieważ stanowi element oceny ofert w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty. Poprawienie oferty było niemożliwe, ponieważ skutkiem poprawienia byłoby spowodowanie istotnej zmiany treści oferty, na co nie pozwala art. 87 ust. 2 ustawy.

W dniu 14 lipca 2017r. odwołujący wniósł odwołanie, które zostało podpisane przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 14 lipca 2017r. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego na skutek bezpodstawnego przyjęcia, że treść oferty odwołującego nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz), pomimo, iż oferta odwołującego spełnia wszystkie wymagania zamawiającego stawiane w siwz, w tym wynika z niej termin realizacji zamówienia;
- art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w sytuacji gdy treść oferty budziła wątpliwości zamawiającego, co skutkowało negatywnymi konsekwencjami dla odwołującego w postaci odrzucenia jego oferty;
- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy z uwagi na nieuwzględnienie wyjaśnień złożonych przez odwołującego w trybie art 87 ust. 1 ustawy oraz odrzucenie oferty odwołującego, pomimo iż oferta odwołującego spełnia wszystkie wymagania zamawiającego stawiane w siwz;
- art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy przez wadliwe sporządzenie uzasadnienia odrzucenia oferty pozwalające jedynie domyślać się odwołującemu, dlaczego jego oferta została odrzucona, co znacznie ograniczyło odwołującemu możliwość stawiania zarzutów;
- art. 91 ust 1 ustawy w zw. z art 7 ust. 3 ustawy przez niezgodne z ustawą dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, a to wobec zastosowania kryteriów oceny niezgodnych z siwz, co przejawia się w poddaniu ocenie jedynie kryterium ceny i gwarancji oraz pominięciu przy

wyborze najkorzystniejszej oferty kryterium terminu wykonania zamówienia, podczas gdy zgodnie z pkt 14.3. siwz, termin wykonania zamówienia również stanowi kryterium oceny ofert;

- art 7 ust 1 ustawy, tj. zasad przejrzystości oraz uczciwej konkurencji poprzez stosowanie przez zamawiającego różnych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do różnych wykonawców, co przejawia się w argumentacji zamawiającego zawartej w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, iż określenie terminu zamówienia jest istotnym elementem oferty, gdyż stanowi element oceny ofert, a następnie dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem kryterium terminu, gdyż dokonano oceny oferty jedynie w oparciu o kryterium ceny i okresu gwarancji.

Wniósł o:

- uwzględnienie odwołania,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, czynności oceny ofert oraz wyboru oferty wykonawcy S. J. T.;
- nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego ze wskazanym przez niego 80 - dniowym terminem wykonania zamówienia liczonym od dnia podpisania umowy, który to termin wynika z treści siwz oraz złożonej oferty;
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów zawnioskowanych i dołączonych do niniejszego odwołania;
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów niniejszego postępowania, zgodnie z § 3 ust 2 Rozporządzenia , w tym kosztów związanych z dojazdem na rozprawę (posiedzenie) Krajowej Izby Odwoławczej oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

Akceptując wszystkie warunki zawarte w siwz, odwołujący złożył swoją ofertę.

Dowód: Oferta odwołującego złożona w postępowaniu - w aktach zamawiającego - na okoliczność złożenia oferty przez odwołującego i jej treści; złożenia w ofercie oświadczenia woli obejmującego akceptację wszystkich warunków wynikających z siwz, w tym akceptację terminu wykonania zamówienia.

W dniu 27 czerwca 2017 r. na stronie internetowej Gminy C. pojawiła się informacja z otwarcia ofert. W rubryce z opisem oferty odwołującego nie wskazano terminu wykonania zamówienia. Treść opublikowanej informacji na stronie internetowej Gminy C. oznaczała, iż zamawiający powziął wątpliwości interpretacyjne co do treści oferty w zakresie wskazywanego przez odwołującego terminu wykonania zamówienia.

Dowód: Informacja z otwarcia ofert z dnia 27 czerwca 2017r.~ na okoliczność jej treści, braku wskazania przez zamawiającego w rubryce z opisem oferty odwołującego terminu wykonania zamówienia.

Naruszenie art. 87 ust 1 ustawy oraz art 89 ust 1 pkt 2 ustawy w zw. z art 7 ust 1 i 3 ustawy

W orzecznictwie przeważa pogląd o konieczności uzyskania wyjaśnień w razie wątpliwości co do treści oferty przed podjęciem przez zamawiającego decyzji, tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 lutego 2013 r. sygn.. akt KIO 214/13.

Pomimo istnienia wątpliwości co do treści oferty odwołującego, zamawiający nie wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień. Odwołujący wychodząc naprzeciw obowiązkowi zamawiającego wynikającemu z art 87 ust 1 ustawy, z własnej inicjatywy złożył pisemne wyjaśnienia w dniu 30 czerwca 2017 r., wskazując, iż akceptując warunki siwz w składanej ofercie zgodził się wykonać zamówienie w terminie 80 dni określonym w siwz. Zamawiający nie uwzględnił jednak złożonych wyjaśnień, mimo że nie powodowały one zmiany treści oferty, co miało negatywne skutki dla odwołującego w postaci odrzucenia jego oferty przez zamawiającego. Skoro natomiast termin wykonania zamówienia wynikał z treści siwz, a także z wzoru formularza oferty, na którym odwołujący złożył ofertę, zamawiający powinien przyjąć, iż termin wykonania zamówienia przez odwołującego został określony. Odrzucanie oferty w takiej sytuacji jest nadmiernym formalizmem, szkodzącym także interesom zamawiającego. Zasady logiki i doświadczenia życiowego nakazują zdaniem odwołującego także przyjąć właśnie wniosek, iż skoro odwołujący złożył ofertę i zgodził się na wykonanie zamówienia zgodnie z treścią siwz, która przewidywała maksymalny termin wykonania 80 dni, to tym samym odwołujący musiał i zaakceptował ten termin. W przeciwnym razie zupełnie nielogiczne byłoby składanie oferty przez odwołującego.

Dowód: siwz w sprawie Bl.271.19.2017 wraz z załącznikami - na okoliczność jej treści, określenia terminu wykonania zamówienia przez zamawiającego w treści siwz.

Pismo odwołującego z dnia 30 czerwca 2017 r. - na okoliczność jego treści, złożenia przez odwołującego wyjaśnień w zakresie terminu wykonania zamówienia w trybie art 87 ust 1 ustawy;

Jak odwołujący wskazał już w złożonych wyjaśnieniach, w punkcie 4 siwz określono termin wykonania zamówienia „od 60 do 80 dni od dnia podpisania umowy”. W formularzu oferty, który odwołujący podpisał i złożył, jest wprost napisane „Zobowiązujemy się do zrealizowania zamówienia zgodnie z projektem budowlanym, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych oraz ze wszystkimi warunkami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powyższe oznacza, iż oświadczenie woli zawarte w złożonej przez odwołującego w ofercie obejmowało również termin wykonania zamówienia zgodny z wymogami siwz, a zatem nieprzekraczający 80 dni od dnia podpisania umowy. Ponadto, w punkcie 6. formularza ofertowego jest wskazane: „oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i uznajemy się za związanych określonymi w niej zasadami postępowania”.

Dowód: siwz w sprawie Bl.271.19.2017 wraz z załącznikami - na okoliczność wskazania przez zamawiającego w jej treści terminu wykonania zamówienia oraz na okoliczność treści

formularza ofertowego stanowiącego załącznik do siwz, zawierającego oświadczenie o akceptacji wszystkich warunków wynikających z siwz, w tym akceptacji terminu wykonania zamówienia, oraz wskazania terminu wykonania zamówienia przez zamawiającego także we wzorze formularza stanowiącym załącznik do siwz.

W konsekwencji, poprzez złożenie oferty, odwołujący złożył oświadczenie woli zawarcia umowy, obejmujące między innymi akceptację warunków podanych przez zamawiającego w siwz (w tym terminu wykonania zamówienia) i brak zastrzeżeń do nich, potwierdzenie uzyskania niezbędnych informacji do przygotowania oferty i wykonania zamówienia (w tym terminu wykonania zamówienia), akceptację istotnych postanowień umowy oraz terminu realizacji przedmiotu zamówienia podanego przez zamawiającego, który nie może przekroczyć 80 dni od dnia podpisania umowy. Skoro w siwz określono, iż termin wykonania zamówienia powinien wynosić od 60 do 80 dni od dnia podpisania umowy, tzn. nie powinien być krótszy niż 60 dni i nie może przekroczyć 80 dni, to oczywistym jest, że odwołujący akceptując w składanej ofercie warunki siwz, zaoferował wykonanie zamówienia w terminie nieprzekraczającym 80 dni i taki termin wykonania zaoferowany przez odwołującego zamawiający powinien brać pod uwagę przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Brak jest zatem podstaw do odrzucenia oferty odwołującego.

Powyższe stanowisko zostało także wyrażone w wyroku KIO z dnia 13.08.2010 r. (sygn. akt KIO/1592/10). Punkt 2. formularza ofertowego odwołujący rozumiał jako fakultatywną możliwość wskazania terminu wykonania zamówienia, jeśli termin ten byłby krótszy niż 80 dni od dnia podpisania umowy. Wobec niewypełnienia przez odwołującego tego punktu, oczywiste jest, iż chciał on wskazać, iż w przypadku wyboru oferty Wykonawcy termin wykonania zamówienia będzie wynosił właśnie 80 dni. Akceptacja przez odwołującego warunków siwz, a w tym terminu na wykonanie zamówienia należy interpretować jako wskazanie przez odwołującego najdłuższego możliwego terminu na wykonanie zamówienia, czyli 80 dni od daty podpisania umowy, inna interpretacja złożonego przez odwołującego oświadczenia woli nie jest możliwa i jest nielogiczna, z uwagi na fakt, iż celem odwołującego było uzyskanie zamówienia na „budowę przydomowych przepompowni ścieków w Gminie C.” oraz akceptacja warunków wynikających z siwz, a zatem powinno być ono interpretowane zgodnie z tym celem. Powołał się na orzeczenie KIO z 17 maja 2013 r. sygn. akt KIO 1079/13. W konsekwencji, w niniejszej sytuacji interpretacja treści złożonego w ofercie oświadczenia woli w ten sposób, iż odwołujący nie wskazał terminu na wykonanie zamówienia jest dla niego skrajnie niekorzystna i nacechowana skrajnym formalizmem, nieuzasadnionym z punktu widzenia celu zamówień publicznych, jakim jest m.in. zapewnienie przez zamawiającego reguł uczciwej konkurencji, a także uzyskanie zamówienia na jak najkorzystniejszych warunkach. Brak wskazania w ofercie wyraźnego terminu wykonania zamówienia (odmiennego niż maksymalny przewidziany w siwz), w

sytuacji gdy termin ten wskazany jest w punkcie 4 siwz, a także w treści samej oferty (pkt 2: „okres nie może być krótszy niż 60 dni i nie dłuższy niż 80 dni”), nie wpływa na istotne zobowiązania stron, bowiem zgodnie z ww. punktem nie może być on dłuższy niż 80 dni. Wobec tego składając ofertę i akceptując warunki siwz odwołujący zobowiązał się wykonać zamówienie w terminie nieprzekraczającym 80 dni i taki termin zamawiający winien przyjąć na potrzeby oceny oferty.

Wobec powyższego, oferta odwołującego spełniała wszelkie wymagania zawarte w siwz, a jej odrzucenie przez zamawiającego stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz zasad uczciwej konkurencji wynikających z art 7 ust 1 i 3 ustawy.

Naruszenie art 92 ust 1 pkt 3 ustawy

Pomimo złożenia przez odwołującego wyjaśnień, nie zostały one najprawdopodobniej wzięte pod uwagę przez zamawiającego. odwołujący nie może tego stwierdzić z całą pewnością ze względu na zbyt lakoniczne i ogólne uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego, w którym zamawiający zaznaczył jedynie, iż „wskazanie terminu wykonania robót jest istotnym elementem oferty, ponieważ stanowi element oceny ofert w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty”, zamawiający w żadnym miejscu uzasadnienia nie wskazał, iż oferta odwołującego została odrzucona ze względu na brak wskazania terminu wykonania robót, zamawiający wskazał jedynie ogólnie, że treść oferty nie odpowiada siwz, bez podania szczegółowej przyczyny odrzucenia.

Dowód: Ogłoszenie o wyborze oferty z dnia 10 lipca 2017 r. - na okoliczność treści uzasadnienia odrzucenia oferty, braku wskazania przez zamawiającego szczegółowych przyczyn odrzucenia oferty odwołującego.

Jak słusznie wskazała KIO w wyroku z dnia 03 marca 2017 w sprawie do sygn. akt KIO 329/17, że skutkiem wadliwego sporządzenia przez zamawiającego uzasadnienia odrzucenia oferty z uwagi na jego ogólność, bez wątplenia jest niemożność prawidłowego postawienia zarzutów odwołania. Sytuacja, w której wykonawca musi się domyślać podstawy faktycznej odrzucenia jego oferty została uznana przez KIO za niedopuszczalną i mogącą prowadzić do uwzględnienia odwołania, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 23 marca 2016 r. w sprawie do sygn. akt KIO 368/16.

Naruszenie art 92 ust 1 pkt 1 oraz art 91 ust 1 w zw. z art 7 ust 3 ustawy

Ponadto, zamawiający w ogłoszeniu o wyborze oferty z dnia 10 lipca 2017 r. wskazał, iż oferta wykonawcy S. J. T. jest najkorzystniejsza i spełnia warunki zamawiającego. Przy określeniu kryteriów oceny oferty uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą przyjęto jedynie dwa kryteria, a to cenę (znaczenie 60%) oraz gwarancję (znaczenie 40%), co sprzeczne jest z warunkami zamawiającego określonymi w punkcie 14.3 siwz, w którym wskazano trzy kryteria wyboru oferty, a to: cenę (60%), gwarancję (20 %) oraz termin wykonania (20%). Zgodnie z art 91 ust. 1 ustawy, oferty należy natomiast oceniać zgodnie z

warunkami przyjętymi w siwz. Należy zauważyć, że w związku z powyższym przy wyborze oferty S. J. T. zamawiający jawnie zastosował kryteria sprzeczne z ustanowionymi w siwz, a także odmienne od tych, jakimi zamawiający kierował się odrzucając ofertę odwołującego.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego podkreślono bowiem, iż „wskazanie terminu wykonania robót jest istotnym elementem oferty, ponieważ stanowi element oceny ofert w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty”. Tymczasem wybierając ofertę najkorzystniejszą zamawiający pominął kryterium terminu wykonania zamówienia. Na marginesie należy zwrócić uwagę, iż zamawiający odmiennie określił kryteria oceny ofert w siwz a odmiennie w ogłoszeniu o zamówieniu.

Dowód: Informacja o wyborze oferty z dnia 10 lipca 2017 r. oraz odrzuceniu oferty odwołującego - na okoliczność jego treści, zastosowania przez zamawiającego odmiennych kryteriów oceny ofert w stosunku do wykonawców, zastosowanie przez zamawiającego kryteriów oceny oferty najkorzystniejszej sprzecznych z kryteriami wynikającymi z punktu 14.3. siwz;

siwz w sprawie B1.271.19.2017 -na okoliczność zawartych w niej kryteriów oceny ofert  
Sytuacja, w której w odniesieniu do tego samego zamówienia wobec różnych wykonawców zamawiający stosuje różne kryteria oceny ofert, z naruszeniem siwz przy wyborze oferty najkorzystniejszej, stanowi rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji, przejrzystości postępowania oraz równego traktowania wykonawców. Nie można zaakceptować sytuacji, w której w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zamawiający argumentuje, że termin wykonania zamówienia jest istotnym elementem oferty, gdyż stanowi element oceny ofert, a następnie przy ocenie ofert zamawiający zupełnie pomija kryterium terminu, uwzględniając tylko kryterium ceny i okresu gwarancji. Taka sytuacja na gruncie ustawy jest niedopuszczalna i stanowi naruszenie art 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, a także naruszenie zasady równego traktowania wyrażonej w art. 32 Konstytucji RP. Powyższe uzasadnia wniosek o unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności oceny ofert i wyboru oferty S. J. T. jako najkorzystniejszej, oraz dokonanie ponownej oceny ofert zgodnie z wytycznymi zawartymi w siwz w odniesieniu do wszystkich wykonawców, z uwzględnieniem oferty odwołującego, która odpowiada wymogom siwz, oraz z poszanowaniem zasad wynikających z ustawy.

Interes prawny odwołującego

Odwołujący wskazał, że ma Interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, albowiem wykonuje roboty budowlane polegające na budowie m.in. sieci kanalizacyjnych i złożył ofertę w postępowaniu o udzieleniu zamówienia, która została niesłusznie odrzucona.

Dowód: Wydruk z CEIDG odwołującego - na okoliczność zakresu świadczonych przez odwołującego usług.

W sytuacji, gdyby zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego, oferta odwołującego byłaby



najkorzystniejsza, a zatem to odwołujący wygrałby przetarg, co przedstawiają poniższe obliczenia.

Z informacji o otwarciu ofert z dnia 27 czerwca 2017 r. wynika, iż S. J. T. zaproponował cenę 470 212,37 zł, a A. P. O. cenę 398 012,62 zł. Obaj wykonawcy zaproponowali identyczny okres gwarancji. Termin wykonania wskazany przez S. J.T to 60 dni, a przez A. P. O. to 80 dni. Cena stanowi 60 % znaczenia przy ocenie, termin wykonania 20 %, a gwarancja 20 %.

Dowód: Informacja z otwarcia ofert z dnia 27 czerwca 2017r.~ na okoliczność jej treści w zakresie wskazania przez wykonawców ceny, terminu gwarancji oraz terminu wykonania zamówienia w odniesieniu do S. J.T..

Podstawiając dane wynikające z informacji o otwarciu ofert do wzoru wynikającego z siwz odwołujący otrzymał następujące.

Cena: Wzór: (cena minimalna: cena oceniana)x 100x 60%

S. J. T.: (cena minimalna: 470 212,37 zł) x 100x 60 %= 50,79 pkt

Cena minimalna : 470 212,37 = 50,79 : (100 x 60%)

Cena minimalna = 0,8465 x 470 212,37 Cena minimalna 398 034,77 zł

A. P. O.: (398 034,77 zł x 398 012,62) x 100 x 60% = 60 pkt

Termin wykonania:

Wzór: (termin minimalny: termin oceniany)x 100 x 20%

S. J. T.: (60:60)x 100 x 20% = 20 pkt

Arkan Paweł Olęcki: (60:80)x100x20%= 15 pkt

Gwarancja:

Wzór: (Gwarancja oceniana: Gwarancja maksymalna) x 100 x 20%

S. J. T.: (60:60) x 100 x 20% = 20 pkt

A.P.O.: (60:60) x 100 x 20% = 20 pkt

W konsekwencji: cena+ gwarancja+ termin wykonania

S. J. T.: 50.79nkt +20 pkt+20 pkt= 90.79 pkt

A. P. O.: 60 pkt\* 20 pkt+ 15 pkt= 95 pkt

Z powyższego jednoznacznie wynika, iż gdyby oferta A. P. O.nie została odrzucona przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy, byłaby ona najkorzystniejszą ofertą, bowiem jest ona lepsza o 4,21 pkt od oferty S. J. T..

Naruszenie przez zamawiającego powołanych przepisów ustawy i odrzucenie oferty odwołującego niewątpliwie miało zatem istotny wpływ na wynik postępowania, a wobec tego - zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy - istnieją podstawy do uwzględnienia odwołania.

W dniu 20 lipca 2017r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Według zamawiającego, clou problemu sprowadza się do kwestii braku podania

w ofercie odwołującego terminu realizacji zamówienia, który w ocenie zamawiającego nie podlegał poprawieniu na podstawie ustawy. Z treści siwz, formularza ofertowego, jak i istotnych postanowień wzoru umowy stanowiącego załącznik do siwz należało wywieść, że termin wykonania zamówienia stanowił istotny element oferty. Zauważył, że w punkcie 14 specyfikacji istotnych warunków zamówienia przygotowanej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jako jedno z kryteriów oceny ofert określone zostało kryterium „termin wykonania” (mierzone ilością dni od 60 do 80). Kryterium temu przyznana została waga 20%. Zamawiający zaznaczył, że oceniać będzie termin wykonania w granicach od 60 dni do 80 dni i że maksymalną wartość punktową otrzyma termin 60 -cio dniowy. Niewykonanie robót w ustalonym terminie obwarowane zostało sankcjami w postaci kar umownych (§ 13 ust. 1 lit a umowy). Także zmiany umowy w zakresie terminu obwarowane zostały szczególnymi warunkami (§ 16 ust. 2 pkt 3 umowy). Zamawiający nie określił konkretnej daty ani nie wskazał konkretnego terminu wykonania zamówienia wskazując jedynie dopuszczalny przedział czasowy, natomiast do decyzji każdego z wykonawców pozostawił wskazanie terminu wykonania, które to wskazanie bez wątplenia jest elementem oświadczenia woli wykonawcy zawartego w ofercie. Zaznaczył, że jeśli zamawiający dokonałby wskazania konkretnego terminu wykonania zamówienia zapewne zasłaby przesłanka do poprawienia oferty, czego jednak nie uczynił poprzestając na określeniu przedziału czasowego. Dodatkowo, z całej treści dokumentacji ofertowej nie można wywnioskować, jaki termin wykonania zaoferował odwołujący w ramach umowy, którą zamierza zawrzeć. Mając na uwadze powyższe, zamawiający stwierdził, że odwołujący składający ofertę pominął istotny element w postaci deklarowanego terminu wykonania zamówienia, który zgodnie z wymaganiami zamawiającego powinien mieścić się w przedziale od 60 dni do 80 dni, a zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, który powinien być jak najkrótszy, czemu zamawiający dał wyraz przez zawarcie terminu wykonania zamówienia w kryteriach oceny ofert. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Wykonawca przez brak wskazania terminu wykonania de facto nie złożył oświadczenia woli w tym zakresie przez co złożył niekompletną ofertę. Warto przywołać art. 66 § 1 k.c. zgodnie z którym oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. W analizowanym przypadku, w ocenie zamawiającego zabrakło określenia jednego z takich istotnych postanowień. Tym samym, przez brak dokonania czynności odrzucenia ww. oferty jako niezgodnej z treścią siwz, zamawiający dopuściłby się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Nie zgodził się z twierdzeniem odwołującego, że w przypadku braku wskazania terminu w formularzu ofertowym zamawiający winien przyjąć maksymalny termin wykonania wynoszący 80 dni. Zamawiający

wymagał, aby proponowany termin wykonania określił wykonawca. W ofercie złożonej przez odwołującego w ogóle nie zadeklarowano terminu wykonania. W zaistniałej sytuacji zamawiający uważa, że nie mógł odgadnąć intencji odwołującego i uzupełniać jego oferty poprzez przyjęcie z góry, że wykona zamówienie w najdłuższym, mieszczącym się w przedziale terminie, w szczególności, w tak skonstruowanym formularzu ofertowym, gdzie zamawiający zostawia wolne miejsce do uzupełnienia przez wykonawcę i gdzie w całej treści formularza ofertowego, jak i załączników nie wynika postanowienie, w którym wykonawca zobowiązałby się na przykład do wykonania zamówienia w najdłuższym (lub najkrótszym) wymaganym w siwz terminie. Nie zgodził się ze stanowiskiem, że wiedza zamawiającego o terminie pojawiła się w wyniku złożonych przez odwołującego wyjaśnień. Próba uzupełnienia oferty o tę wiedzę stanowiłaby w ocenie zamawiającego nieuprawnioną zmianę treści oferty, której zabrania art. 87 ust. 1 ustawy. W przypadku niezgodności oferty z treścią siwz zamawiający zobowiązany jest ofertę odrzucić. Do takiej niezgodności doszło, w ocenie zamawiającego, w przedmiotowej sprawie, ponieważ zgodnie z siwz wykonawca miał wskazać w ofercie termin wykonania i nie zrobił tego, tym samym oferta nie była zgodna z treścią siwz, Wskazał przy tym, że brak ten nie mógł być poprawiony na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zmiana taka nie mogła być uznana za nieistotną, skoro termin wykonania stanowił kryterium oceny ofert. Zaznaczył również, że niedopuszczalne jest domniemywanie przez zamawiającego, jaki termin wykonania zaoferowałby wykonawca, gdyby go w ogóle zaoferował. Przy tak skonstruowanym formularzu ofertowym jasne określenie terminu wykonania było obowiązkiem odwołującego, Oferta stanowi oświadczenie woli spełnienia określonego świadczenia, natomiast deklarowany okres wykonania zamówienia stanowił istotny element tego oświadczenia woli. Zadeklarowany okres wykonania powinien być jasno wskazany przez odwołującego, uzewnętrzniając w ten sposób jego wolę zaoferowania okresu wykonania zamówienia o wybranej przez niego długości. Zamawiający zauważył również, iż kryteria oceny ofert stanowią podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej. Najkorzystniejsza oferta jest co do zasady rozumiana przez ustawę jako oferta przedstawiająca najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztów i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, Z uwagi na powyższe, oświadczenie wykonawcy w zakresie elementów objętych jednym z kryteriów oceny ofert ma istotne znaczenie, bowiem ma bezpośredni wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej. W przedmiotowym postępowaniu odwołujący oświadczenia o oferowanym terminie wykonania nie złożył. Reasumując; zobowiązania wykonawcy w tym przedmiocie nie można wywieść ani z treści formularza oferty, ani z pozostałej części oferty złożonej przez tego wykonawcę. Z uwagi na powyższe, brak było podstaw do domniemania, że odwołujący zaoferował 80 dniowy termin wykonania. Takiego zaniechania wykonawcy nie można uzupełnić w trybie art. 87 ust, 2 pkt 3 ustawy, zamawiający nie narzucił jednego terminu wykonania, który

wykonawcy powinni zaoferować, ale pozostawił wykonawcom wybór w tym zakresie, co skutkuje brakiem wiedzy po stronie zamawiającego co do terminu, jaki mógłby zaoferować dany wykonawca. Co więcej, poprawienie oferty wykonawcy w tym przedmiocie prowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty. Z uwagi na powyższe, brak przedmiotowego oświadczenia stał się podstawą do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Tworząc powyższą argumentację zamawiający posiłkował się treścią Uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2016 r. o sygnaturze akt: KIO/KD 8/16.

W kwestii pozostałych zarzutów odwołania zamawiający wskazał, iż w większości stanowią one konsekwencje zarzutu z punktu pierwszego odwołania tj. odrzucenia oferty odwołującego na skutek przyjęcia, że treść oferty odwołującego nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków i jako takie nie mogą się ostać w przypadku uznania przez Izbę racji zamawiającego. Odnosząc się natomiast do rzekomo wadliwego uzasadnienia odrzucenia oferty wskazał, że odwołujący (skąd inąd jako profesjonalista na rynku zamówień publicznych) bardzo dobrze zrozumiał i zinterpretował uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia jego oferty, czemu dał wyraz w treści złożonego przez siebie odwołania. Co do zarzutu braku wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień zamawiający pragnie wskazać, że brak terminu w ofercie odwołującego nie budził wątpliwości co do wady oferty, tak więc nie było potrzeby, aby cokolwiek wyjaśniać. Wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy mogą służyć wyłącznie rozwianiu wątpliwości co do tego, co już w ofercie zostało przedstawione, przepis ten natomiast zabrania dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty, do czego zmierza argumentacja odwołującego. Biorąc pod uwagę powyższe, odrzucenie oferty odwołującego było zasadne, zaś złożone odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania: ogłoszenia o zamówieniu, siwz wraz z załącznikami, oferty odwołującego, informacji z otwarcia ofert, pisma odwołującego, informacji o wyniku postępowania, sprostowania informacji o wyniku postępowania.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, że:

Z sekcji II.8 ogłoszenia o zamówieniu wynika, że zamawiający przewidział okres realizacji zamówienia 60 dni.

W pkt. 4 siwz zamawiający wskazał, że termin wykonania zamówienia wynosi od 60 do 80 dni od dnia podpisania umowy.

Z pkt. 14 siwz wynika, że zamawiający określił trzy kryteria oceny ofert: cenę 60%, gwarancję 20% i termin 20%. Przy czym przy terminie wskazał, że zamawiający oceniać będzie termin wykonania w granicach od 60 do 80 dni tzn. maksymalną wartość punktową

otrzyma termin 60-cio dniowy.

W pkt. 2 załącznika nr 1 do siwz – formularz ofertowy zamawiający podał następujący wzór: „Zobowiązujemy się do wykonania całości robót objętych przedmiotem zamówienia w terminie ..... dni od dnia podpisania umowy (wypełnia wykonawca – okres nie może być krótszy niż 60 dni i dłuższy niż 80 dni)”.

Ze str. 27 oferty odwołującego wynika, że nie wypełnił on wykropkowanego miejsca w pkt. 2 formularza oferty.

Z informacji o wyniku postępowania wynika, że zamawiający ustalił, że wykonawca wybrany zaoferował: cenę – 470 212,37zł. brutto, termin- 60 dni i gwarancję 60 miesięcy, a odwołujący cenę 398 012,62zł., termin – brak, gwarancję 60 miesięcy.

Z wyjaśnień odwołującego z dnia 30 czerwca 2017r. wynika, że odwołujący uważa, że skoro oświadczył, że składa ofertę zgodną z siwz, to zamawiający powinien był przyjąć, że odwołujący zadeklarował maksymalny dopuszczalny termin realizacji tj. 80 dni i w większości odwołujący powołał argumentację, którą następnie powtórzył w odwołaniu.

Z informacji o wyborze oferty wynikają ustalenia podane przez Izbę w rysie historycznym uzasadnienia.

Izba ustaliła następujący stan prawny:

Art. 7 ust. 1 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 7 ust. 3 ustawy Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 87 ust. 1 ustawy W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Art. 87 ust. 2 ustawy Zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
  - 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
  - 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty
- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Art. 89 ust. 1 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: pkt 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Art. 91 ust. 1 ustawy Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Art. 91 ust. 2 ustawy Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

- 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
- 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
- 4) aspekty innowacyjne;
- 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

Art. 92 ust. 1 ustawy Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o: pkt. 3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Izba uznała, że zgromadzony materiał dowodowy jest wiarygodny i pozwala na wszechstronne rozstrzygnięcie sprawy.

W ocenie Izby stan faktyczny niniejszej sprawy wygląda w następujący sposób zamawiający preferował termin wykonania 60 dni jako najkrótszy, ale dopuścił realizację zamówienia w dłuższym terminie, jednak nie dłuższym niż 80 dni. Zamawiający nakazał wykonawcom podać w formularzu ofertowym oferowany przez danego wykonawcę termin mieszczący się w przedziale domkniętym pomiędzy 60, a 80 dni. Zamawiający z terminu wykonania uczynił kryterium oceny ofert przyznając wagę 20%. Zamawiający nie przewidział możliwości nie wskazania terminu realizacji zamówienia przez wykonawcę i nie wskazał, że taki brak będzie miał jedynie wpływ na punktację. Przy tak ustalonym stanie faktycznym w ocenie Izby skoro zamawiającemu zależało na jak najkrótszej realizacji przedmiotu zamówienia – 60 dni, to był to istotny element oświadczenia woli wykonawcy. Zamawiający nie narzucił wykonawcom konkretnego terminu, ani nie określił jak będzie traktował brak w tym zakresie, a zatem nie było podstaw do uznania, że wykonawca, który nie zadeklarował terminu realizacji miał prawo oczekiwać, że zamawiający względem niego zastosuje najkrótszy lub najdłuższy termin wykonania. Zamawiający nie przewidział postanowień siwz, które pozwalałyby mu na kreowanie oświadczenia woli wykonawcy. Tym samym zamawiający nie mógł poprawić oferty wykonawcy narzucając jakiś termin realizacji. Niewątpliwie zamawiający wymagał podania terminu i termin był istotnym elementem oferty wykonawcy. Bezsporne jest także, że odwołujący nie zastosował się do wymagania zamawiającego i nie podał terminu wykonania. W ocenie Izby z ogólnej akceptacji postanowień siwz nie można

było wywieść, że wykonawca zaoferował najdłuższy możliwy termin, gdyż każdy termin pomiędzy 60, a 80 dni byłby zgodny z siwz, jak również niewątpliwie każdy termin krótszy niż 60 dni i dłuższy niż 80 dni byłby niezgodny z siwz, ale nie sposób na gruncie złożonej oferty ocenić zgodności lub nie tego, co zamierzał zaoferować odwołujący, gdyż z żadnego z dokumentów załączonych do oferty wola odwołującego w tym zakresie nie ujawniła się. Oferta zatem zawiera błąd, który powoduje, że jej treść nie odpowiada wzorcowi specyfikacji, który nakazywał podać termin wykonania. Oznacza to, że treść oferty nie odpowiada treści siwz, choć z uwagi na brak wskazania terminu wykonania nie można stwierdzić, że treść oferty jest niezgodna z treścią siwz. Ustawodawca jednak w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy posłużył się pojęciem „nie odpowiada”, który w ocenie Izby obejmuje zarówno niezgodności jak i inne sytuacje jak braki, które powodują, że oferta nie przystaje do wzorca wynikającego z siwz. Izba wzięła też pod uwagę, że z kolei art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nakazuje usuwać niezgodności oferty, czego w tym przypadku jednoznacznie ustalić się nie da, i jednocześnie te niezgodności muszą być usuwalne w taki sposób, że nie powodują istotnej zmiany treści oferty. W ocenie Izby ta przesłanka nie została spełniona, gdyż wprowadzenie jakiejś wartości w formularzu ofertowym w części dotyczącej terminu wykonania może powodować, że oferta będzie zgodna z siwz i otrzyma maksymalną liczbę punktów, będzie zgodna i otrzyma mniejszą od maksymalnej lub minimalną liczbę punktów, albo będzie niezgodna z treścią siwz. Tym samym w ocenie Izby wprowadzenie w formularzu ofertowym przez zamawiającego jakiejś liczby w miejscu braku, przy jednoczesnej niemożliwości ustalenia rzeczywistej woli wykonawcy, po pierwsze kreowałoby oświadczenie woli za wykonawcę – czego zamawiający w siwz nie przewidział, a z drugiej mogło prowadzić do niezgodności oferty z siwz lub jej zgodności, ale z różnym wpływem na pozycję oferty na liście rankingowej. W ocenie Izby zatem poprawa prowadziłaby do istotnej zmiany treści oferty. Tym samym ustalony stan faktyczny nie nadawał się do subsumpcji pod normę art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Ustalony stan faktyczny z uwagi na nie odpowiadanie treści oferty treści siwz nadawał się do subsumpcji pod normę art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Skoro Izba ustaliła, że wprowadzenie terminu wykonania do treści oferty stanowiłoby zmianę treści oferty, to w ocenie Izby ustalony stan faktyczny nie nadawał się do subsumpcji pod normę art. 87 ust. 1 ustawy, która zezwala na uzyskiwanie wyjaśnień treści oferty, o ile nie prowadzą one do zmiany tej treści.

Izba ustaliła, że zamawiający w informacji o wyniku postępowania podał, że wskazanie terminu wykonania robót jest istotnym elementem oferty, ponieważ stanowi element oceny ofert w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty. Poprawienie oferty było niemożliwe, ponieważ skutkiem poprawienia byłoby spowodowanie istotnej zmiany treści oferty, na co nie pozwala art. 87 ust. 2 ustawy. Z tego uzasadnienia w ocenie Izby wynikała tak podstawa faktyczna jak i prawna rozstrzygnięcia, gdyż odwołujący dowiedział się, że zamawiający

wymagał wskazania terminu wykonania zamówienia i że był to dla zamawiającego istotny element oferty. Odwołujący znając własną ofertę był w stanie ustalić, że to stwierdzenie zamawiającego odnosi się do braku wskazania terminu wykonania zamówienia w ofercie odwołującego. Zamawiający podał także odwołującemu, że nie widzi podstaw do zastosowania poprawy jego oferty na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy. W ocenie Izby uzasadnienie to było wystarczające dla skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

Izba ustaliła także, że rzeczywiście stan faktyczny sprawy wygląda tak, że zamawiający w dacie 10 lipca 2017r. nie ocenił oferty wybranej w kryterium termin wykonania i zmienił wagę kryterium gwarancji. Biorąc jednak pod uwagę informacje podane przy otwarciu ofert i wartości przedstawione przez wykonawcę wybranego, oraz fakt, że była to jedyna oferta niepodlegająca odrzuceniu, to nieprawidłowe podanie wyników oceny oferty, nie miało ani nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania, gdyż oferta wybrana nie miała żadnego odnośnika w postaci oferty konkurencyjnej, do którego jej elementy oceniane w kryteriach oceny ofert byłby odnoszone, a jednoznacznie z protokołu otwarcia ofert, jak i oferty wybranej wynika, że wykonawca podał zarówno cenę, termin gwarancji i termin wykonania, a zatem dokonanie obliczeń przez podstawienie do wzorów podanych w siwz nie nastęrcza trudności i pozwala na ustalenie, że jest to oferta najkorzystniejsza. Nadto Izba ustaliła, że zamawiający sprostował w dniu 18 lipca 2017r. informację o wyniku postępowania i przedstawił ocenę oferty wybranej zgodną z opisanymi w siwz kryteriami oceny ofert.

Odwołujący nie podnosił zarzutów związanych z zaniechaniem wykluczenia wykonawcy wybranego, czy odrzucenia jego oferty.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że niezaistniała żadna z przesłanek, która skutkowałaby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wskazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody, czym wypełnił przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego na skutek bezpodstawnego przyjęcia, że treść oferty odwołującego nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”), pomimo, iż oferta odwołującego spełnia wszystkie wymagania zamawiającego stawiane w siwz, w tym wynika z niej termin realizacji zamówienia.

Zarzut nie potwierdził się. Izba stoi na stanowisku, że zamawiający dokonał prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, oraz prawidłowo dokonał jego podciągnięcia pod normę art. 89



ust. 1 pkt 2 ustawy, a w konsekwencji prawidłowo ten przepis zastosował odrzucając ofertę odwołującego. W tym stanie rzeczy zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w sytuacji gdy treść oferty budziła wątpliwości zamawiającego, co skutkowało negatywnymi konsekwencjami dla odwołującego w postaci odrzucenia jego oferty.

Zarzut nie potwierdził się. Izba uważa, że zamawiający prawidłowo ocenił charakter prawny braku podania w ofercie podlegającego ocenie w kryteriach oceny ofert terminu wykonania zamówienia i prawidłowo ocenił, że jest to brak elementu przedmiotowo istotnego oferty, którego uzupełnienie skutkowałoby zmianą oferty. Zamawiający dokonując takiej oceny, zdaniem Izby prawidłowo podciągnął ustalony stan faktyczny pod normę art. 87 ust. 1 ustawy i uznał niedopuszczalność jej zastosowania. W tym stanie rzeczy Izba oceniła, że nie można przypisać zamawiającemu zaniechania zastosowania tego przepisu, jako zaniechania zastosowania przepisu, do którego zamawiający był zobowiązany z mocy ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy z uwagi na nieuwzględnienie wyjaśnień złożonych przez odwołującego w trybie art 87 ust. 1 ustawy oraz odrzucenie oferty odwołującego, pomimo iż oferta odwołującego spełnia wszystkie wymagania zamawiającego stawiane w siwz

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający prawidłowo ustalił, że nie wolno mu w niniejszej sprawie zastosować art. 87 ust. 1 ustawy wobec oferty odwołującego. W konsekwencji nie mógł uwzględnić wyjaśnień złożonych mu samodzielnie przez odwołującego, gdyż stanowiły one zmianę złożonej oferty. W konsekwencji nie sposób uznać, że zamawiający naruszył zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy przez wadliwe sporządzenie uzasadnienia odrzucenia oferty pozwalające jedynie domyślać się odwołującemu, dlaczego jego oferta została odrzucona, co znacznie ograniczyło odwołującemu możliwość stawiania zarzutów

Zarzut nie potwierdził się. Zamawiający podał tak podstawę faktyczną jak i prawną

odrzućenia oferty odwołującego w taki sposób, że odwołujący był w stanie zidentyfikować, że podstawą odrzućenia jego oferty było niepodanie terminu wykonania zamówienia. Odwołujący nie miał problemów ze skorzystaniem ze środków ochrony prawnej. Izba stoi zatem na stanowisku, że zamawiający nie naruszył art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust 1 ustawy w zw. z art 7 ust. 3 ustawy przez niezgodne z ustawą dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, a to wobec zastosowania kryteriów oceny niezgodnych z siwz, co przejawia się w poddaniu ocenie jedynie kryterium ceny i gwarancji oraz pominięciu przy wyborze najkorzystniejszej oferty kryterium terminu wykonania zamówienia, podczas gdy zgodnie z pkt 14.3. siwz, termin wykonania zamówienia również stanowi kryterium oceny ofert

Zarzut potwierdził się. Jak Izba ustaliła, rzeczywiście zamawiający w informacji o wyniku nie podał oceny oferty wybranej w kryterium termin wykonania i przyznał ofercie wybranej więcej niż wynikało to z siwz punktów w kryterium gwarancja. Jednak bezsporne jest, że oferta wybrana nie podlegała odrzućeniu i była jedyną ważną ofertą w tym postępowaniu, a także zawierającą wszystkie elementy podlegające ocenie w kryteriach oceny ofert. W ocenie Izby zatem ujawniona przez odwołującego niezgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy nie miała i nie mogła mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Zamawiający na datę wyrokowania doprowadził do zgodności informacji o wyniku postępowania z treścią siwz w zakresie oceny oferty wybranej. W tym stanie rzeczy Izba musiała zastosować się do treści art. 192 ust. 2 ustawy i oddalić odwołanie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art 7 ust 1 ustawy, tj. zasad przejrzystości oraz uczciwej konkurencji poprzez stosowanie przez zamawiającego różnych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do różnych wykonawców, co przejawia się w argumentacji zamawiającego zawartej w uzasadnieniu odrzućenia oferty odwołującego, iż określenie terminu zamówienia jest istotnym elementem oferty, gdyż stanowi element oceny ofert, a następnie dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem kryterium terminu, gdyż dokonano oceny oferty jedynie w oparciu o kryterium ceny i okresu gwarancji.

Zarzut potwierdził się. Zarzut jest w sferze faktycznej bliźniaczy z zarzutem poprzedzającym. W ocenie Izby zamawiający jest zobligowany do oceny ofert w świetle przyjętych kryteriów i ma stać na straży tego, aby ocenie oferty nie podlegały oferty wykonawców wykluczonych, czy oferty podlegające odrzućeniu. Nie mniej jednak w tym konkretnym stanie faktycznym, podanie błędnej oceny oferty nie miało i nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Zamawiający na datę wyrokowania doprowadził do zgodności informacji o

wyniku postępowania z treścią siwz w zakresie oceny oferty wybranej. W tym stanie rzeczy Izba musiała zastosować się do treści art. 192 ust. 2 ustawy i oddalić odwołanie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. z 2017r. poz. 47) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz nakazując odwołującemu zwrot zamawiającemu poniesionych przez niego kosztów zastępstwa prawnego w wysokości dopuszczonej przez rozporządzenie tj. 3 600zł. zgodnie z przedstawionymi rachunkami z ograniczeniem do kwoty dopuszczonej prawnie.

**Przewodniczący:** .....