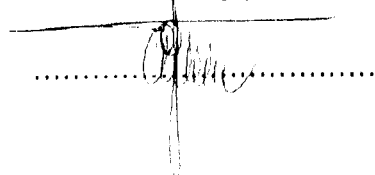


- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez „**FORMACJA**” s. c. **Wojciech Nosek i Ireneusz Krzyżanowski, ul. Klimasa 2, 41-800 Zabrze**.
- 2) dokonać wpłaty kwoty **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) przez **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Zabrzu Sp. z o.o., ul. Matejki 6, 41-800 Zabrze** na rzecz „**FORMACJA**” s. c. **Wojciech Nosek i Ireneusz Krzyżanowski, ul. Klimasa 2, 41-800 Zabrze** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

A handwritten signature in black ink, written over a horizontal line. The signature is cursive and appears to be 'D. D.' followed by some illegible characters. Below the signature, there is a dotted line.

UZASADNIENIE

Zamawiający - Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Zabrzu Sp. z o.o., ul. Matejki 6, 41-800 Zabrze prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *"Ochrona obiektów Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Zabrzu Sp. z o.o."*.

Szacunkowa wartość zamówienia jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu 22.02.2010 r. zamieszczeniem ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówieni Publicznych z dnia 22.02.2010 r. Nr ogłoszenia 50170-2010.

W dniu 17.03.2010 r. Zamawiający przekazał odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu jego oferty. Jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu została uznana oferta złożona przez wykonawcę „KONDOR” Biuro Ochrony Osób i Mienia z siedzibą ul. Pawliczka 5/1, 41-800 Zabrze. W odniesieniu do oferty odwołującego Zamawiający wskazał, iż odrzucił ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wskazał, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ gdyż Zamawiający w dniu 25.02.2010 r. dokonał zmiany treści SIWZ, w tym m. in. zmiany projektu umowy (załącznik nr II B) i o powyższej zmianie poinformował wszystkich wykonawców na stronie internetowej. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał ponadto, iż Odwołujący złożył ofertę, która zawiera zaakceptowany projekt umowy nie zawierający zmian dokonanych przez Zamawiającego, co stanowi podstawę do odrzucenia oferty.

W dniu 22.03.2010 r. Odwołujący wniósł do Prezesa KIO odwołanie. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art.: 7 ust. 1 i 3 w zw. z art.: 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego mimo braku ku temu podstaw faktycznych. W związku z powyższym Odwołujący się wniósł o: uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. powtórzenie czynności składających się na proces oceny spełnienia przez wykonawców wymogów opisanych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2. uznanie, że oferta *Spółki FORMACJA Spółka Cywilna Wojciech Nosek, Ireneusz Krzyżanowski*, spełnia wszystkie wymogi opisane przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. powtórzenie czynności składających się na proces wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. wyboru oferty odwołującej się *Spółki*, jako najkorzystniejszej w rzeczonym postępowaniu.

Odwołujący zażądał ponadto obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania w tym kosztami reprezentacji, zgodnie z przedłożonym spisem kosztów.

Odwołujący w uzasadnieniu wskazał, iż Zamawiający w dniu 17.03.2010 r. pismem oznaczonym L. dz. 881/H/2010, przesłanym odwołującej się za pośrednictwem poczty elektronicznej, *Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Zabrze Sp. z o.o.*, poinformował *FORMACJĘ Spółka Cywilna Wojciech Nosek, Ireneusz Krzyżanowski* poinformował, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Ochroną obiektów Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Zabrze Sp. z o.o.*” zostało rozstrzygnięte. Za najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez *KONDOR Biuro Ochrony Osób i Mienia* z siedzibą w *Zabrze przy ul. Pawliczka 5/1*, podczas gdy ofertę odwołującej się odrzucono w toku postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego rozstrzygnięcie Zamawiającego w tym względzie jest niesłuszne, nieprawidłowe i sprzeczne z postanowieniami ustawy Pzp.

Zamawiający, zgodnie z obowiązującymi w tym względzie przepisami, zamieścił stosowne ogłoszenie o przetargu oraz opublikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). W dniu 25.02.2010 r. *Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Zabrze Sp. z o.o.* poinformował wykonawców o zmianie postanowień SIWZ oraz zamieścił pełny katalog zmian.

W cz. 1.10. SIWZ, Zamawiający stwierdził, że każdorazowo, oferta winna być wyposażona: w formularz ofertowy (wg. załączonego wzoru), wszystkie wymagane załączniki oraz projekt umowy, zaakceptowany przez wykonawcę.

Zdaniem Odwołującego tylko pobieżna analiza treści przywołanego formularza oferty wprost wskazuje, że wykonawca składający ofertę w toku rzeczowego postępowania zobowiązany był złożyć następujące oświadczenia:

„ 1. Po zapoznaniu się z przedmiotem zamówienia oraz warunkami umowy, ja nizej podpisany reprezentując firmę zobowiązuję się do wykonania zamówienia zgodnie z w/w warunkami wraz z usunięciem wszelkich ewentualnych wad. ”

„3. Oferuję wykonanie w/w zadania zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ i wzorze umowy za cenę: (...). ”

„6. Oświadczam, że zapoznałem się z SIWZ i nie wnoszę żadnych zastrzeżeń oraz jestem w stanie, na podstawie przedstawionych mi materiałów, zrealizować przedmiot zamówienia. ”

„10. Zobowiązuję się zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych we wzorze umowy, zamieszczonym w załączniku II. B do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.”

Odwołujący wskazał, iż z brzmienia przywołanych zapisów wynika jednoznacznie, że wykonawca składający ofertę, akceptuje wszystkie zasady udziału w postępowaniu oraz realizacji przedmiotu zamówienia. Tak więc wykonawca oświadcza, że czuje się związany treścią SIWZ, w tym postanowieniami umownymi stanowiącymi jej integralną część (*vide art. 26 ust. 1 pkt 16 ustawy*). Stanowisko takie zgodne jest z opinią utrwaloną w literaturze przedmiotu oraz orzecznictwie *Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej* oraz *Sądów Okręgowych*, zgodnie z którą, już sam fakt przystąpienia wykonawcy do postępowania i złożenia przez niego oferty, jest deklaracją udziału w postępowaniu i realizacji przedmiotu zamówienia na zasadach opisanych w SIWZ. Złożenie stosownych oświadczeń i dokumentów w tym względzie jest jedynie fizyczną egzemplifikacją woli ujawnionej okolicznością wzięcia udziału w postępowaniu przez złożenie oferty.

Zgodnie z treścią art.: 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz. Powyższy przepis ma charakter obligatoryjny; zaistnienie przesłanki w niej wymienionej musi skutkować odrzuceniem oferty (*vide wyrok Zespołu Arbitrów z 24.01.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/ 0-85/05*). Nie ulega wątpliwości, że „nieodpowiedniość” treści oferty może dotyczyć tylko wymagań merytorycznych określonych w SIWZ (*vide wyrok jw.*). Zachodzi ona zatem wyłącznie w odniesieniu do treści merytorycznej ofert a nie jej formy (min. *vide wyrok Zespołu Arbitrów z 18.01.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-4/05* oraz z 11.03.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-416/05). Tak więc, zdaniem Odwołującego, po otwarciu ofert, zamawiający nie może ich oceniać w sposób dowolny ale tylko w taki, jaki podał w SIWZ. Nie może także oceniać ofert w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami, bowiem w takim przypadku bardzo blisko o dowolność procesu oceny ofert, która to okoliczność stanowi jawne pogwałcenie zasady

wyrażonej w art.: 7 ustawy Pzp (*vide* wyrok Zespołu Arbitrów z 28.01.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-121/05).

W omawianym przypadku, odwołujący się złożył ofertę posługując się wymaganym przez Zamawiającego formularzem ofert oraz pozostałymi załącznikami wymaganymi przez *Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Zabrze Sp. z o.o.* W tym zakresie, dokonując swoistego uproszczenia, Odwołujący wskazuje, iż wszystkie oświadczenia wymagane w toku postępowania, które w istocie warunkowały jej w nim udział, gwarantując Zamawiającemu akceptację zasad, wedle których toczył się przetarg oraz realizację jego przedmiotu, zgodnie z wolą ujawnioną w SIWZ. *FORMACJA spółka cywilna Wojciech Nosek, Ireneusz Krzyżanowski*, w szczególności, złożyła przywołane wyżej oświadczenia oznaczone kolejno nr. 1, 3, 6 i 10. Składając je we wspomnianej treści, *Spółka zaakceptowała* specyfikację, czyli wszystkie jej postanowienia, w tym również te zmienione i uzupełnione na mocy czynności Zamawiającego z dnia 25.02.2010 r..

Jak wskazał Odwołujący godnym uwagi jest fakt złożenia przez niego oświadczenia o zgodzie na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych we wzorze umowy, który został zamieszczony w załączniku II.B do SIWZ. Skoro wzór umowy, stanowiący załącznik do SIWZ, jest jej integralną częścią, to tym samym zawarte w nim postanowienia obowiązują wykonawcę w tym samym stopniu, co zapisy specyfikacji (*vide* wyrok *Zespołu Arbitrów* z dnia 29.03.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-515/05). Wobec powyższego bez znaczenia jest fakt braku w ofercie czy też przedłożenia w niej niekompletnego, podpisanego przez uczestnika postępowania, wzoru oferty, skoro składa oświadczenie o akceptacji umowy w każdorazowym jej brzmieniu. Taka okoliczność nie może być oceniana w kategorii niezgodności oferty z treścią SIWZ w kontekście art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przyjęcie takiej konstrukcji stałoby w sprzeczności z zasadami polskiego systemu zamówień publicznych opartych na rozwiązaniach cywilnoprawnych, które nie pozostawiają w tym zakresie żadnych wątpliwości. Skoro Zamawiający odwołuje się do wzoru z uwzględnieniem poczynionych zmian, to tym samym złożenie przez wykonawcę oświadczenia o akceptacji postanowień umowy, jako załącznika do SIWZ, odnosi się do wersji tej umowy zgodnej z wolą organizatora postępowania. W takiej sytuacji nie zachodzi brak zgodności merytorycznej treści oferty z SIWZ. Przeciwnie, przez złożenie stosownego oświadczenia oferta oddaje istotę sprawy wyrażonej wyraźnie przez Zamawiającego. Jak wskazał Odwołujący w uzasadnieniu odwołania w tym stanie rzeczy *Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Zabrze Sp. z o.o.* nie mógł odrzucić jego oferty w oparciu o przywołaną podstawę prawną, ze względu na fakt braku okoliczności faktycznych uzasadniających podjęcie takich kroków.

Zdaniem Odwołującego ogół wspomnianych wyżej argumentów wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego przywołanych na wstępie postanowień ustawy Pzp a podniesione żądania czyni w tych okolicznościach zasadnymi.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż podkreślenia wymaga okoliczność, że postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem o wysoce sformalizowanym charakterze, wobec czego brak w nim miejsca na dowolność działań po stronie Zamawiającego (*vide* wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22.07.2005 r., sygn. akt: V Ca 592/05).

W tym stanie rzeczy, zdaniem Odwołującego, odwołanie zasługuje na uwzględnienie a odwołujący wnosi jak w sentencji. Jednocześnie *FORMACJA Spółka Cywilna Wojciech Nosek, Ireneusz Krzyżanowski* z siedzibą w Zabrze przy ul. Klimasa 2 oświadcza, że ma interes prawny w złożeniu niniejszego środka odwoławczego w związku z możliwością uzyskania zamówienia objętego postępowaniem bowiem w wyniku naruszenia przywołanych wyżej przepisów, jego interes prawny doznał uszczerbku w uzyskaniu zamówienia, faktycznie pozbawiając go możliwości jego realizacji.

W dniu 25.03.2010 r. Zamawiający wniósł do Prezesa KIO odpowiedź na odwołanie na podstawie art. 186 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, iż prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego poniżej wartości zamówienia określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Ochrona obiektów Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Zabrze Sp. z o.o.” Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w BZP w dniu 22.02.2010 r. pod numerem 50170.

W dniu 25.02.2010 r. zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ, w wyniku czego dokonał również zmian we wzorze umowy, a dokonaną zmianę specyfikacji zamieścił na swojej stronie internetowej. Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia zostało opublikowane w BZP w dniu 25.02.2010 r. pod numerem 41035.

Dokonana zmiana SIWZ dotyczyła opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków umowy o zamówienie publiczne, a polegała na zmianie zakresu oraz okresu trwania usługi ochrony na części obiektów Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Zabrze Sp. z o.o. (załącznik nr 1 do niniejszego pisma). Powyższe zmiany skutkowały przeliczeniem przez

zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia, co świadczy o tym, iż miały istotne znaczenie dla postępowania.

Zamawiający zapisał w pkt. 1.10. SIWZ, iż oferta składana w niniejszym postępowaniu musi zawierać następujące dokumenty i oświadczenia.

- wypełniony formularz ofertowy (wg załączonego wzoru),
- wszystkie wymagane załączniki,
- projekt umowy zaakceptowany przez wykonawcę.

Zamawiający wskazał, iż wykonawca: FORMACJA s. c. W. Nosek. I. Krzyzanowski. 41-800 Zabrze, ul. Klimasa 2, złożył ofertę zawierającą zaakceptowany wzór umowy w jego pierwotnym brzmieniu, nieuwzględniający zmian dokonanych przez zamawiającego, a więc niezgodny z treścią SIWZ, co zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp stanowiło podstawę do odrzucenia oferty.

Odwolujący podnosi, iż zamawiający odrzucając jego ofertę ocenił ją „w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami”, nie zaś w zgodności ze sposobem podanym w SIWZ, ponadto, że powodem odrzucenia oferty nie może być niezgodność jej tekstu lub formy z wymaganiami SIWZ.

Odnosząc się do tego zarzutu Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie ze słownikiem języka polskiego (Wydawnictwo Naukowe PWN) „treścią” jest to, co jest zawarte w czyjejś wypowiedzi, co stanowi istotę, sens czegoś, zaś forma z kolei to wygląd czegoś (oferty), układ skoordynowanych elementów (graficznych - biorąc pod uwagę pisemność oferty). Zgodnie z postanowieniami kodeksu cywilnego oferta jest oświadczeniem woli zawarcia umowy (art. 66 ust. 1 k. c.), a treść oferty należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których została złożona, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje (art. 65 § 1 k. c.). Oferta jest więc oświadczeniem woli złożonym w określonych okolicznościach i w bardzo konkretnym celu. Jego treścią jest wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w SIWZ i stanowi pierwsze, najważniejsze oświadczenie składające się na ofertę.

Rozstrzygnięcie co do sposobu rozumienia pojęcia „odpowiadać” winno uwzględniać ogólne zasady wykładni oświadczeń woli. Pojęcie to ma kilka znaczeń, z których tylko jedno brzmi „spełniać określone warunki”. Pozostałe, równoprawne znaczenia tego pojęcia to „być zgodnym z czymś”, „być podobnym lub takim samym jak coś innego”. Pojęcie to może być więc rozumiane restrykcyjnie: spełniać wszystkie wymagania SIWZ lub być podobnym, niesprzecznym z SIWZ. Trudno uznać, iż oferta wykonawcy zawierająca pierwotny wzór

umowy odpowiada treści SIWZ i spełnia wszystkie jego wymogi. Odwołujący, w akceptowanym wzorze umowy załączonym do oferty nie skreślił ani nie zmienił nakazanej przez Zamawiającego treści, zatem Zamawiający zobowiązany był ofertę odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ treść oferty odwołującego zawierająca wzór umowy w wersji pierwotnej (a więc ze „starymi” zapisami) nie odpowiada treści zmienionej SIWZ.

Na podstawie orzecznictwa z zakresu zamówień publicznych uznaje się, iż w szczególności powodem do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji może być:

- zaoferowanie innego przedmiotu niż wymagany treścią specyfikacji,
- wprowadzenie nowych rozwiązań wykonania zamówienia nie znajdujących odzwierciedlenia w treści SIWZ,
- określenie ceny realizacji zamówienia w inny sposób niż opisany w SIWZ,
- zaproponowanie dłuższego terminu realizacji zamówienia,
- określenie postanowień umowy innych niż przedstawione przez zamawiającego,

Biorąc pod uwagę powyższe przykłady można, zdaniem Zamawiającego, przyjąć, iż co do zasady powodem odrzucenia oferty jako nie odpowiadającej treści SIWZ jest przede wszystkim brak spełnienia wymogów przedmiotowych. Zasadnym jest twierdzenie, że treść oferty odnosi się do jej merytorycznej zawartości - przedmiot, cena, termin realizacji, technologia, materiały itp.

W przedmiotowym postępowaniu w wyniku zmiany treści SIWZ zmienione zostały na jednym z obiektów godziny wykonywania ochrony, na innym zaś zmieniono okres (w dniach) wykonywania ochrony. Brak akceptacji tych zmian oraz załączenie do oferty zaakceptowanego wzoru umowy w jej pierwotnym brzmieniu spowodowało, iż wykonawca zaferował dłuższy termin realizacji zamówienia na obiekcie kąpieliska oraz krótszy termin realizacji zamówienia na obiekcie targowiska, co stanowiło określenie przez niego postanowień umowy innych niż przedstawione przez zamawiającego. Przyjęcie oferty w takim kształcie, zdaniem zamawiającego, mogłoby spowodować domaganie się przez wykonawcę zawarcia umowy na warunkach w niej określonych, co nie było zamiarem i wolą zamawiającego.

W związku z powyższym Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, o której to czynności informację dnia 17.03.2010 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, jej modyfikacją, treścią oferty Odwołującego, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie złożoną na piśmie oraz na rozprawie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazania powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwagi na przedłożenie oferty najkorzystniejszej Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Powyższe wynika z faktu, iż w niniejszym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert jest cena.

Izba dopuściła 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 z treści oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, treści SIWZ wraz z załącznikami oraz ze stanowisk stron złożonych na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz ustnie do protokołu.

W odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Izba jako zasadniczy dowód uznała dokumentację postępowania, tj. SIWZ, jej modyfikację, ofertę złożoną w przedmiotowym postępowaniu przez Odwołującego oraz wyjaśnienia i oświadczenia stron złożone na rozprawie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba uznała za zasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie ww. zarzutu:

Izba ustaliła, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający żądał w pkt I. 10 SIWZ od wykonawców złożenia wraz z ofertą m. in. projektu umowy zaakceptowanego przez wykonawcę, tj. zaparafowanego na każdej stronie oraz podpisanego i opieczętowanego na ostatniej stronie.

W dniu 25.02.2010 r. Zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych (nr ogłoszenia 41035 – 2010) ogłoszenie o zmianie ogłoszenia. W treści powyższego ogłoszenia Zamawiający dokonał następujących zmian:

W odniesieniu do pkt. II.1.3.:

W ogłoszeniu jest: Targowisko Miejskie w Zabrze przy ul. Jagiełły: (pomieszczenie portierni o pow. 5m²) - dni targowe (pon-sob) w godz. 15.00- 23.00 - 1 strażnik w godz. 23.00- 7.00 - 1 strażnik - dni pozostałe (ndz, św) w godz. 6.00-18.00 - 1 strażnik w godz. 18.00 - 6.00 - 1 strażnik w godz. 23.00 - 6.00 - 1 strażnik a także w dni targowe od godz. 14.00 -20.00 - 2 osoby wykonujące czynności związane ze sprzątnięciem terenu targowiska. Dodatkowe czynności pracowników ochrony: - kontrola i ewidencja ruchu (sprawdzanie przepustek samochodów wjeżdżających na teren targowiska po godzinach zamknięcia), - dbanie o ład, estetykę i porządek w obrębie obiektu, w tym odśnieżanie - wykonywanie odczytów wodomierzy i liczników energii elektrycznej oraz czynności związane ze sprzątnięciem terenu targowiska (powierzchnia sprzątnięcia około 5.500,00 m²): - wykonywanie czynności porządkowych (zamiatanie, grabienie, odśnieżanie), - sprzątnięcie terenu targowiska, a w szczególności bieżące usuwanie opakowań, kartonów i innych odpadów gromadzonych przez handlujących, - dbanie o ład, estetykę i porządek w obrębie obiektu. Obiekt nie posiada urządzeń do monitoringu wizyjnego.

W ogłoszeniu powinno być: Targowisko Miejskie w Zabrze przy ul. Jagielly: (pomieszczenie portierni o pow. 5m²) - dni targowe (pon-sob) w godz. 15.00- 23.00 - 1 strażnik w godz. 23.00- 7.00 - 1 strażnik - dni pozostałe (ndz, św) w godz. 6.00-18.00 - 1 strażnik w godz. 18.00 - 6.00 - 1 strażnik w godz. 22.00 - 6.00 - 1 strażnik a także w dni targowe od godz. 14.00 -20.00 - 2 osoby wykonujące czynności związane ze sprzątnięciem terenu targowiska. Dodatkowe czynności pracowników ochrony: - kontrola i ewidencja ruchu (sprawdzanie przepustek samochodów wjeżdżających na teren targowiska po godzinach zamknięcia). - dbanie o ład, estetykę i porządek w obrębie obiektu, w tym odśnieżanie - wykonywanie odczytów wodomierzy i liczników energii elektrycznej oraz czynności związane ze sprzątnięciem terenu targowiska (powierzchnia sprzątnięcia około 5.500,00 m²): - wykonywanie czynności porządkowych (zamiatanie, grabienie, odśnieżanie), - sprzątnięcie terenu targowiska, a w szczególności bieżące usuwanie opakowań, kartonów i innych odpadów gromadzonych przez handlujących, - dbanie o ład, estetykę i porządek w obrębie obiektu. Obiekt nie posiada urządzeń do monitoringu wizyjnego.

W odniesieniu do pkt: II.1.3.

W ogłoszeniu jest: I.1.1.k) Baza Magazynowa w Zabrze przy ul. Handlowej 6: ochrona całodobowa w dni powszednie w następującym systemie: - w godz. 18.00-6.00 - 2 strażników.

W ogłoszeniu powinno być: I.1.1.k) Baza Magazynowa w Zabrze przy ul. Handlowej 6: ochrona w dni powszednie w następującym systemie: - w godz. 18.00-6.00 - 2 strażników.

W odniesieniu do pkt: II.1.3.

W ogłoszeniu jest: I.1.1.l) Kąpielisko Miejskie w Zabrze - Rokitnicy przy ul. Krakowskiej: ochrona wyłącznie w sezonie letnim w okresie od dnia 1.06 do dnia 31.08.2010.

W ogłoszeniu powinno być: I.1.1.l) Kąpielisko Miejskie w Zabrze - Rokitnicy przy ul. Krakowskiej: ochrona wyłącznie w sezonie letnim w okresie od dnia 21.06 do dnia 31.08.2010.

Izba ustaliła, iż Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę. W treści oferty na str. 35 – 42 Odwołujący złożył zgodnie z żądaniem zawartym w pkt I.10 SIWZ projekt umowy zaakceptowany przez wykonawcę, którego treść odpowiadała treści pierwotnej tego załącznika, tj. sprzed zmian dokonanych przez Zamawiającego w dniu 25.02.2010 r.

W dniu 17.03.2010 r. Zamawiający przekazał odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu jego oferty. Jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu została uznana oferta złożona przez wykonawcę „KONDOR” Biuro Ochrony Osób i Mienia z siedzibą ul. Pawliczka 5/1, 41-800 Zabrze. W odniesieniu do oferty odwołującego Zamawiający wskazał, iż odrzucił ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wskazał, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ gdyż Zamawiający w dniu 25.02.2010 r. dokonał zmiany treści SIWZ, w tym m. in. zmiany projektu umowy (załącznik nr II B) i o powyższej zmianie poinformował wszystkich wykonawców na stronie internetowej. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał ponadto, iż Odwołujący złożył ofertę, która zawiera zaakceptowany projekt umowy nie zawierający zmian dokonanych przez Zamawiającego, co stanowi podstawę do odrzucenia oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Izba uznała zasadność argumentacji Odwołującego wraz z przywołanym na jej potwierdzenie w odwołaniu orzecznictwem i dowodami z dokumentacji postępowania wskazanymi przez stronę.

Ze względu na zakres zmiany treści ogłoszenia, a tym samym zakres i wagę niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ Izba uznała, iż niezgodność ta ma charakter marginalny i nie mający istotnego wpływu na treść oświadczenia woli złożonego przez Odwołującego. Biorąc pod uwagę fakt, iż każdy z wykonawców w złożonej przez siebie ofercie złożył oświadczenia, iż po zapoznaniu się z przedmiotem zamówienia oraz warunkami umowy zobowiązuje się do wykonania zamówienia zgodnie z ww. warunkami (pkt 1 formularza ofertowego), jak również oferuje wykonanie przedmiotowego zadania zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ i wzorze umowy (pkt 3 formularza oferty) oraz zobowiązuje się zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych we wzorze umowy, zamieszczonym w załączniku II.B do SIWZ (pkt 10 formularza oferty) to trudno jest uznać, iż złożenie nieaktualnego wzoru umowy stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Nawet przyjęcie, iż załączenie do oferty wzoru umowy sprzed jego modyfikacji stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ to jest ono wynikiem błędu spowodowanego faktem, iż z dokumentacji postępowania nie wynika aby Zamawiający wraz z dokonaną modyfikacją postanowień SIWZ przekazał wykonawcom zmieniony załącznik nr II.B. (projekt umowy). Zatem załączenie nieaktualnego projektu umowy ze względu na charakter i wagę niezgodności z treścią SIWZ zobowiązuje Zamawiającego do poprawienia tej omyłki. Wobec powyższego sprawie zasadne jest zastosowanie w odniesieniu do oferty Odwołującego instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Powyższe jest wynikiem ustaleń Izby dokonanych na rozprawie, z których

wynika, że dokonana przez Zamawiającego zmiana nie ma charakteru znaczącego i tym samym zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 32 pkt 3 ustawy Pzp jest w tym wypadku uzasadnione. Na powyższe wskazuje również fakt, iż powyższą rozbieżność należałoby odnieść raczej jako wewnętrzną sprzeczność treści samej oferty. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, iż dokonana zmiana SIWZ dotyczyła opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków umowy o zamówienie publiczne, a polegała na zmianie zakresu trwania usługi ochrony na części obiektów Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Zabrzu Sp. z o.o. (załącznik nr 1 do niniejszego pisma) i powyższe zmiany skutkowały przeliczeniem szacunkowej wartości zamówienia, co zdaniem Zamawiającego świadczy o tym, iż zmiany te miały istotne znaczenie dla postępowania. Zdaniem Izby zamiany te mają charakter marginalny, są wynikiem m. in. błędów pisarskich (użycie zwrotu całodobowo przy jednoczesnym określeniu godzinowych ram pełnienia obowiązków) lub w pozostałych przypadkach nie powodują istotnej zmiany zakresu przedmiotowego świadczenia. W związku z powyższym nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że zmiany te miały charakter znaczący, zaś ich nieuwzględnienie w ofercie Odwołującego powoduje niezgodność treści oferty z treścią SIWZ o charakterze istotnym. Jak wyżej wskazano, zdaniem Izby, zasadnicza sprzeczność nie zachodzi pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, lecz jedynie pomiędzy poszczególnymi dokumentami stanowiącymi treść samej oferty (formularz ofertowy i zawarte w nim oświadczenia oraz załącznik do oferty – projekt umowy). Powoduje to, iż złożone w przez Odwołującego w treści formularza ofertowego oświadczenie stoi w sprzeczności z załącznikiem nr 12 do oferty (projekt umowy), czym powoduje wewnętrzną sprzeczność samej oferty. Wszakże zawarte w treści formularza ofertowego oświadczenia odnoszą się bezpośrednio zarówno do aktualnej treści SIWZ oraz do aktualnej treści ogłoszenia o zamówieniu, które uległy modyfikacji i wiążą zarówno Zamawiającego, jak również wszystkich wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne.

Z ustaleń Izby wynika, iż Zamawiający nie zastosował instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ze względu na fakt, iż uznał niezgodność treści oferty za niezgodność o charakterze istotnym, zaś przyjęcie oferty w tym kształcie, zdaniem Zamawiającego, mogłoby spowodować domaganie się przez wykonawcę zawarcia umowy na warunkach określonych w jej pierwotnym projekcie, co jak wskazał Zamawiający, nie było jego zamiarem i wolą. W odniesieniu do powyższego Izba pragnie wskazać, iż Zamawiający powyższe stwierdzenie opiera jedynie na domniemaniu zamiaru złożenia przez Odwołującego oferty o treści niezgodnej z treścią SIWZ. Tego rodzaju argumentacja Zamawiającego nie może jednak prowadzić do tak istotnych negatywnych konsekwencji dla wykonawców, do których z pewnością należy odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wszakże

treść ww. przepisu odnosi się bezpośrednio do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co jednoznacznie wskazuje, iż Zamawiający jest obowiązany najprzód wyczerpać procedurę uregulowaną w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i dopiero po jej wyczerpaniu i braku zgody wykonawcy na dokonanie poprawienia omyłki odrzucić jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Łączna analiza powyższych przepisów wyraźnie wskazuje cel ustawodawcy, jak również mechanizm funkcjonowania instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz powiązanie tej instytucji z przesłankami odrzucenia oferty wykonawcy.

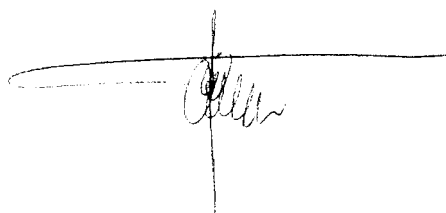
Zdaniem Izby nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym na rozprawie, iż ze względu na charakter niezgodności nieuprawnione było dokonanie jakichkolwiek zmian w treści oferty Odwołującego, ze względu na fakt, iż takie zmiany byłyby *de facto* ingerencją Zamawiającego w treść złożonego przez Odwołującego oświadczenia woli. Otóż ustawa Pzp wszakże ustanawia w art. 87 ust. 1 zasadę, iż niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, lecz od tej zasady dopuszcza wyjątki uregulowane w ust. 1a i 2 ww. przepisu. Rolą instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest właśnie dokonanie poprawienia omyłki bez udziału wykonawcy. Dopiero jego wyrażenie sprzeciwu powoduje, iż Zamawiający jest zobligowany taką ofertę odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Tym samym w powyższym zakresie mamy do czynienia z dopuszczalną przez ustawodawcę ingerencją Zamawiającego w treść oświadczenia woli złożonego przez wykonawcę. Zamawiający, zdaniem Izby, w przedmiotowym stanie faktycznym powinien poprawić tego rodzaju omyłkę powodującą niezgodność treści oferty z treścią SIWZ także z tego względu, iż ma świadomość jakie jest źródło tej omyłki. Powyższe powoduje bowiem, iż omyłka ta ma charakter omyłki oczywistej, a więc tym bardziej kwalifikuje się do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co jednoznacznie wynika z charakteru sytuacji, w której została popełniona.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie znalazła podstaw do uznania, iż zasadne było odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W tym wypadku Izba stoi na stanowisku, iż ze względu na wewnętrzną sprzeczność treści oferty, powodująca niejako rzekomą niezgodność jej treści z treścią SIWZ, oraz ze względu na marginalne znaczenie tejże niezgodności w odniesieniu do treści całej oferty, a w szczególności zakresu przedmiotowego zamówienia Zamawiający był obowiązany do wyczerpania procedury sanacyjnej uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dopiero brak zgody Odwołującego się wykonawcy na powyższą czynność mógłby skutkować odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Izba pragnie ponadto zwrócić uwagę na fakt, iż wskutek możliwości poprawienia w stwierdzonym stanie faktycznym na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłki polegającej na niezgodności oferty Odwołującego ze SIWZ odpadła wskazana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp możliwość odstąpienia od wezwania wykonawcy do uzupełnienia wadliwych dokumentów i oświadczeń. Tym samym, zdaniem Izby, doszło w przedmiotowym postępowaniu również do naruszenia przez Zamawiającego w toku czynności badania i oceny ofert, jak również w toku wyboru oferty najkorzystniejszej art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wynika z protokołu posiedzenia komisji przetargowej z dnia 11.03.2010 r. przekazanego przez Zamawiającego wraz z dokumentacją postępowania Zamawiający odstąpił od wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi, gdyż oferta ta podlega odrzuceniu. Biorąc pod uwagę ustalenia Izby, z których wynika, iż Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odstąpienie od wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, przy jednoczesnym wezwaniu innych wykonawców stanowi podstawę do stwierdzenia, iż doszło w przedmiotowym postępowaniu także do naruszenia zasad wskazanych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

A handwritten signature in black ink, consisting of a long horizontal line with a vertical stroke intersecting it near the center, and some cursive scribbles below the intersection.