

**WYROK**  
z dnia 16 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Członkowie: Małgorzata Rakowska  
Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Drogowe Zbigniew Ziajka, EUROMOSTY Maciej Wdowiak, ul. Chałupnicza 21, 51 – 503 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Wrocław i Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji we Wrocławiu, ul. Na Grobli 14/16, 50 – 421 Wrocław** protestu z dnia 8 maja 2009 r.

przy udziale **Konsorcjum firm: „ABM POL – Dróg Legnica” Sp. z o. o. – lider Konsorcjum, ul. Słubicka 4 59 – 220 Legnica, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych TRAKT – PARTNER Sędziszów 58 – 410 Marciszów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Drogowe Zbigniew Ziajka, EUROMOSTY Maciej Wdowiak, ul. Chałupnicza 21, 51 – 503 Wrocław oraz nakazuje ponowne dokonanie czynności: badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;**

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Wrocław i Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji we Wrocławiu, ul. Na Grobli 14/16, 50 – 421 Wrocław**

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 uiszczonego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Drogowe Zbigniew Ziajka, EUROMOSTY Maciej Wdowiak, ul. Chałupnicza 21, 51 – 503 Wrocław;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Wrocław i Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji we Wrocławiu, ul. Na Grobli 14/16, 50 – 421 Wrocław** na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Drogowe Zbigniew Ziajka, EUROMOSTY Maciej Wdowiak, ul. Chałupnicza 21, 51 – 503 Wrocław**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Drogowe Zbigniew Ziajka, EUROMOSTY Maciej Wdowiak, ul. Chałupnicza 21, 51 – 503 Wrocław.**

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

Pełnomocnik zamawiających - Wrocławskie Inwestycje Sp. z o. o. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na budowę infrastruktury w otoczeniu Stadionu Piłkarskiego Euro 2012 we Wrocławiu oraz fragmentu połączenia skrzyżowania ulic Legnicka – Na Ostatnim Groszu ze Stadionem EURO 2012 przez Osiedle Kozanów – odcinek od przecięcia ul. Pilczyckiej do krańcówki przy planowanym Stadionie.

Wobec otrzymanej w dniu 29.04.2009 r. informacji o wynikach postępowania odwołanie poprzedzone protestem wnieśli wykonawcy wspólnie obiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Przedsiębiorstwo Drogowe Zbigniew Ziajka z siedzibą we Wrocławiu oraz EUROMOSTY Maciej Wdowiak z siedzibą w Kłodzku (dalej: odwołujący się).

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu :

1. wadliwy wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie obiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ABM POL DRÓG Legnica Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych TRAKT z siedzibą w Sędziszawiu (dalej: KONSORCJUM ABM POL-DRÓG), gdyż oferta odwołującego się była ofertą najkorzystniejszą, w rozumieniu przepisu art. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp), przy przyjęciu, że podlega sanowaniu lub uznaniu, że wolna jest od błędów;
- 2 wadliwe odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z powodu nie przedłożenia jednej karty Formularza zawierającej 4 oświadczenia;
3. naruszenie art. 82 ust. 3 Pzp przez błędne przyjęcie, że odwołujący się nie złożył wymaganych 4 oświadczeń;
4. nierówne traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 Pzp);
5. pominięcie w procesie orzekania o proteście jednego z zamawiających - MPWIK we Wrocławiu, będącego odrębnym od Inwestycji Wrocławskich Sp. z o.o. podmiotem obrotu gospodarczego.

Powołując swój interes prawny w uzyskaniu zamówienia odwołujący się wniósł o uchylenie zaskarżonych rozstrzygnięć i nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący się wskazał, że w nie złożył jednej karty Formularza oferty, zawierającej oświadczenia ujęte w pkt 4.4, 4.5, 4.7, 4.9 jednak pominięte punkty Formularza (wskazane przez zamawiającego jako przyczyna odrzucenia oferty) zawierają się w oświadczeniu w pkt.4.1 i .4.2.

Odwołujący się podkreślił, że skoro zobowiązał się wykonać zamówienie zgodnie z siwz, to zaakceptował wszystkie wynikające z niej warunki i tym samym złożył wszystkie wymagane oświadczenia (wnioskowanie z większego na mniejsze). Oceniał, że został wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt.3 Pzp, mimo braku wskazania tego przepisu w informacji, co doprowadziło do naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp i art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp. W ocenie odwołującego się zamawiający błędnie przyjął, że odwołujący się nie złożył wymaganych czterech oświadczeń, podczas, gdy wszystkie elementy składające się na komplet oświadczeń były zamieszczone w treści oferty i możliwa była do ustalenia treści tych oświadczeń przez zapoznanie się z treścią innej części oferty. Wywiódł, że alternatywnie zamawiający winien zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, wezwać wykonawcę, który nie przedłożył wymaganych oświadczeń, do ich złożenia w wyznaczonym terminie albo wg. art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp poprawić niezgodności o charakterze nieistotnym, czego nie dokonał.

Uzasadniając zarzut nierównego traktowania wykonawców odwołujący się podniósł, że zamawiający był zobowiązany podjąć działania sanujące nieistotną pomyłkę w jego ofercie, czego nie uczynił podczas, gdy pismem z dnia 17.04.2009 r. na podstawie art.26 ust.3 i 4 Pzp wezwał KONSORCJUM ABM POL-DRÓG do uzupełnienia i poprawienia obszernych elementów oferty - wykazania wymaganego doświadczenia dla kierownika robót sanitarnych oraz uzupełnienie warunku doświadczenia Projektanta drogowego. W odwołaniu zakwestionował również prawidłowość oceny kandydatury Pana Grzegorza S., zarzucił również, że zamawiający dokonał poprawy wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy w ofercie KONSORCJUM ABM POL-DRÓG z kwoty 226 tys zł na kwotę 2,26 mln zł, na podstawie zadeklarowania w innej części oferty 10% wysokości wartości oferty oraz jako konsekwencję poprawek dokonanych w innych miejscach oferty, podczas gdy odmówił uznania prawidłowości ofercie odwołującego się mimo zadeklarowania akceptacji siwz oraz wniesienia wadium na cały okres związania ofertą.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych; odpowiednio protest w dniu 08.05.2009r. Odwołanie za pomocą placówki pocztowej operatora publicznego w dniu 22.05.2009 r z zachowaniem warunku jednoczesności przekazania kopii treści odwołania zamawiającemu.

Zamawiający pismem z 15.05.2009 r. oddalił protest. W uzasadnieniu stwierdził, że brak wymaganych dziewięciu z trzynastu oświadczeń stanowi istotną zmianę w treści oferty, zatem nie podlega ona poprawieniu. Wykonawcy natomiast powinni dołożyć należytej staranności, aby złożyć oświadczenia wymagane przez Zamawiającego. Zamawiający podniósł, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie następuje przez przystąpienie a za kluczowe uznał brak wskazania, z której części oferty, z jakiego innego oświadczenia, zamawiający mógłby powziąć wiedzę o tym, że w przypadku uznania oferty odwołującego się za najkorzystniejszą zobowiązuje się on się zawrzeć umowę w miejscu i terminie, jakie zostaną wskazane przez zamawiającego oraz zobowiązuje się zabezpieczyć umowę zgodnie z treścią pkt.12 IDW.

Za niezrozumiałą uznał zamawiający zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż przepis ten dotyczy uzupełniania braków o charakterze podmiotowym, a nie elementów oferty. Podstawą do odrzucenia oferty odwołującego się stanowi art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zatem za chybiony uznał zamawiający zarzut naruszenia art. 7 ust. 1. Pzp, gdyż KONSORCJUM ABM POL-DRÓG zostało wezwane do uzupełnienia dokumentów podmiotowych .

KONSORCJUM ABM POL-DRÓG przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego uczestnicząc wcześniej w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia

protestu. Przystępujący wskazując na swój interes prawny wniósł o oddalenie odwołania. Podniósł, że przyczyną odrzucenia oferty odwołującego się były merytoryczne, a nie formalne braki w ofercie. Wskazał, że warunki realizacji umowy stanowią treść oferty a uzupełnienie informacji stanowiących treść oferty (którymi są oświadczenia pominięte w Formularzu przez odwołującego się) doprowadziłoby do niedopuszczalnej zmiany treści oferty. Przystępujący za nieuprawniony uznał pogląd, że złożenie oświadczenia o akceptacji siwz zastępuje de facto oświadczenia wymagane przez zamawiającego oraz stwierdził, że wobec ewidentnej niezgodności treści oferty odwołującego się z treścią siwz złożenie oświadczenia o akceptacji treści siwz pozostaje bez znaczenia.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2009/S 9-011527 w dniu 21.01.2009 r.

Zamawiający pismem z dnia 29.04.2009 r. odrzucił ofertę odwołujący się z powodu pominięcia oświadczeń ujętych w pkt 4.4, 4.5, 4.7, 4.9 Formularza oferty - wzoru stanowiącego załącznik do siwz.

Odwołujący się nie złożył wskazanych oświadczeń, zgodnie z którymi wykonawca:

- a. zrealizuje przedmiot zamówienia w terminie wskazanym w punkcie 8 IDW (pkt. 4.5 Formularza);
- b. oferta ważna jest przez 60 dni (pkt. 4.4 Formularza);
- c. akceptuje warunki płatności określone we wzorach umowy (pkt. 4.7 Formularza);
- d. w przypadku uznania oferty za najkorzystniejszą, umowę zobowiązujemy się zawrzeć w miejscu i terminie, jakie zostaną wskazane przez zamawiającego oraz zobowiązujemy się do zabezpieczenia umowy zgodnie z treścią pkt. 12 IDW (pkt. 4.9 Formularza).

Str.2 pkt 4 Formularza oferty odwołującego się zawiera oświadczenie:

4.Ja (my) niżej podpisany(i) oświadczam (y), że:

- 4.1.zapoznałem się z treścią SIWZ dla niniejszego zamówienia i nie wnoszę do niej uwag,
- 4.2. gwarantuję wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji,

Str. 73 oferty odwołującego się zawiera kopię gwarancji wadialnej z dnia 1.04.2009r. wystawionej przez HDI GERLING POLSKA towarzystwo Ubezpieczeń S.A. ważnej od dnia 3.04.2009r. do dnia 2.06.2009 r.

Zamawiający pismem z dnia 25.05.2009r. wezwał odwołującego się, aby przedłużył okres ważności wadium, co odwołujący się uczynił ,składając jednocześnie oświadczenie o terminie związania ofertą.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie siwz, oferty odwołującego się oraz powoływanych pism.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż złożył ofertę zawierającą najniższą cenę, zatem potwierdzenie zarzutów odwołania da mu możliwość uzyskania zamówienia.

W pierwszym rzędzie Izba określiła granice rozpoznania odwołania. Podstawę faktyczną rozpoznania odwołania stanowi nie złożenie oświadczeń wskazanych w pkt 4.4, 4.5, 4.7 i 4/9 Formularza oferty. Wskazanie przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu pozostałych oświadczeń, których odwołujący się nie złożył, nie może być wzięte pod uwagę przez Izbę, gdyż z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, nie mogły być objęte zarzutami protestu.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp podniesiony przez odwołującego się w proteście Izba rozpoznała w zakresie wezwania KONSORCJUM ABM POL-DRÓG do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp z pominięciem dokonania poprawienia w ofercie KONSORCJUM ABM POL-DRÓG wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz uprawnień Pana Grzegorza S. Okoliczności te były podniesione w odrzuconym przez zamawiającego proteście Konsorcjum, którego liderem jest Heilit + Woerner Budowlana Sp. z o.o. i nie stanowiły podstawy faktycznej zarzutu protestu odwołującego się.

Ustalając podstawę faktyczną rozpoznawanych zarzutów Izba miała na względzie art. 191 ust. 3 Pzp wyłączający możliwość orzekania w odniesieniu do zarzutów, które nie były zawarte w proteście oraz fakt, że samo powołanie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie tworzy zarzutu. Zarzut stanowi wskazanie czynności bądź zaniechania przez zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp) oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. Z tego względu wskazanie w odwołaniu pominięcia przy rozstrzygnięciu protestu MPWiK nie może być uznane za zarzut, z uwagi na brak subsumpcji przywoływanej okoliczności do normy wynikającej z przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych a podniesienie go na rozprawie w postaci pominięcia MPWiK w trakcie czynności badania i oceny ofert, nakazuje traktowanie go jako nieobjętego zarzutami protestu oraz złożonego z uchybieniem terminu ustawowego. Izba nie dała również wiary odwołującemu się, że nie miał możliwości uzyskania wiedzy o powyższych okolicznościach przed datą wniesienia protestu. Skoro inni wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego (Konsorcjum, którego liderem jest Heilit + Woerner Budowlana Sp. z o. o.) wiedzę tę powzięli i uczynili z niej podstawę swego protestu, to brak jest podstaw do przyjęcia, że odwołujący się takiej możliwości był pozbawiony.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, mimo że nie wszystkie podnoszone zarzuty znalazły potwierdzenie.

Art. 36 ust. 1 Pzp stanowi minimalne wymagania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym termin wykonania zamówienia (pkt 4 przywoływanego przepisu), termin związania ofertą (pkt 9), informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (pkt 14) oraz istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach (pkt 16). Sporne elementy oferty odwołującego się stanowią zatem elementy siwz.

Oświadczenie wskazane w pkt 4.1 Formularza stanowi oświadczenie akceptujące treść siwz w całości. Oświadczony wprost przez odwołującego się, w pkt 4.1. formularza brak uwag do treści siwz nakazuje uznać za chybiony pogląd, że odwołujący się treści siwz nie zaakceptował. Przedmiotem sporu jest okoliczność, czy w swojej ofercie wymagania zamawiającego zawarte w siwz znalazły swój należyty wyraz.

Skoro zatem odwołujący się wymagania zawarte w siwz zaakceptował, uczynił to również w odniesieniu do stanowiących z mocy prawa elementy *sine qua non* siwz: terminu związania ofertą, terminu podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W odniesieniu do pominiętego, w oświadczeniu zawartym w pkt 4.4. Formularza oferty, terminu związania ofertą, wskazać należy na art. 85 ust. 1 Pzp, który stanowi, że wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w siwz. Fakt związania wykonawcy ofertą przez okres czasu ustalony przez zamawiającego następuje zatem *ex lege*, przez sam fakt złożenia oferty. Skoro zatem odwołujący się w odpowiedzi na siwz przewidującą 60-dniowy termin związania ofertą złożył ofertę, to związał się nią wobec zamawiającego na cały okres wskazany w siwz, skoro z treści oferty nie wynika inny termin.

Powyższe przesądza, iż brak oświadczenia wskazanego w pkt 4.4. formularza oferty nie powoduje niezgodności treści oferty odwołującego się z siwz.

Izba nie podziela poglądu zamawiającego, że wobec braku wskazania długości okresu związania ofertą, nie jest możliwe uzyskanie zabezpieczenia z wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Po pierwsze, z uwagi na abstrakcyjny, oderwany od stosunku podstawowego charakter zobowiązania wynikającego z gwarancji, brak złożenia oświadczenia o terminie związania ofertą, nie uniemożliwia zamawiającemu dochodzenia praw wynikających z gwarancji, a data ważności gwarancji wskazana w jej treści odpowiada

okresowi 60-dniowemu. Posiłkowo wskazać należy, że zamawiający dokonując wezwania do przedłużenia okresu ważności wadium uznał, że odwołujący się jest związany swoją ofertą. W ocenie Izby złożenie wraz z pismem przedłużającym wadium oświadczenia o terminie związania ofertą jest, z uwagi na wyżej przedstawioną argumentację prawną nierelevantne dla oceny zarzutu.

Odnosnie pominięcia oświadczeń wskazanych w pkt 4.4. i 4.7 Formularza oferty wskazać należy, że w oświadczeniu zawartym w pkt 4.2 Formularza odwołujący się zobowiązał się do wykonania umowy zgodnie z siwz, zatem również w wymaganym terminie oraz wg ustalonych we wzorze umowy warunków płatności. Termin wykonania zamówienia oraz wzór umowy są na mocy art. 36 ust. 1 pkt 4 i 16 częścią siwz.

Z treści art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp wynika, że wzór umowy stanowi wymaganie zamawiającego, aby wykonawca zawarł z nim umowę na warunkach określonych we wzorze.

Wzór umowy nie podlega negocjacom, ewentualne zmiany następują w sformalizowanym trybie wyjaśnień treści siwz lub w wyniku wniesienia środków ochrony prawnej. W tym kontekście umowa w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji w której zamawiający ustalił treść wzoru umowy, może być uznana za *sui generis* umowę adhezyjną, zawieraną przez przystąpienie, bez możliwości negocjacji jej treści po złożeniu oferty. Możliwość negocjacji treści umowy występuje natomiast w sytuacji, gdy zamawiający zamieścił w siwz jedynie istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści umowy w sprawie zamówienia publicznego (wówczas uzgodnione mogą być *accidentalialia negotii* – elementy nie konstytuujące danego typu umowy), ogólne warunki umowy (uzgodnienie możliwe jest wówczas w obszarze doprecyzowywania warunków) oraz w razie wyboru negocjacyjnego trybu udzielenia zamówienia publicznego. W okolicznościach sprawy nie zachodzi żadna ze wskazanych możliwości. Oświadczenie złożone przez odwołującego się w pkt 4.2 Formularza oferty uznaje Izba za wystarczające dla uznania, że odwołujący się zobowiązał się do wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, w wymaganym terminie oraz wg ustalonych we wzorze umowy warunków płatności.

Izba nie dopatrzyła się również zagrożenia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w wyznaczonym przez zamawiającego terminie oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy zgodnie z treścią pkt. 12 IDW z racji braku złożenia oświadczenia wskazanego w pkt 4.9 Formularza oferty. Ponowić należy argumentację przedstawioną wyżej dot. akceptacji treści siwz, z uwagi na fakt, że informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowią z mocy art. 36 ust. 1 pkt 14 Pzp część siwz.



Izba zważyła również, że z samego faktu złożenia tego oświadczenia, o zobowiązaniu do zawarcia umowy w wyznaczonym terminie, nie wypływa dla zamawiającego żadna dodatkowa ochrona. Tak jak oświadczył zamawiający na rozprawie, nawet w przypadku nie podpisania umowy w wyznaczonym przez zamawiającego terminie lub nie wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, przez wykonawcę, który oświadczenie wskazane w pkt 4.9. Formularza oferty złożył, zamawiający podejmie wyłącznie działania przewidziane w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych - uzna, że wykonawca uchyła się od zawarcia umowy, zgodnie z art. 94 ust. 2 Pzp może wybrać bez przeprowadzenia ponownej oceny, ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert oraz zatrzymać wadium. Z powyższych względów dla uznania spełnienia wymagań zawartych w pkt. 4.9. Formularza wystarczające jest złożenie oświadczenia wskazanego w pkt 4.1 Formularza.

Ciężar udowodnienia przesłanek odrzucenia oferty odwołującego się spoczywa na zamawiającym, gdyż on ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny (art. 188 ust. 1 Pzp). Izba stwierdza, że zamawiający nie wykazał i nie udowodnił istotności pominiętych przez odwołującego się oświadczeń, w szczególności, że pominięcie któregośkolwiek z nich powoduje dla zamawiającego zagrożenie w zakresie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub realizacji przez wybranego wykonawcę zawartej umowy zgodnie z merytorycznymi wymaganiami zamawiającego.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje formalizm, ma on jednak na celu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej przy zachowaniu zasad udzielania zamówień publicznych w szczególności uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę dającego rękojmię należytego wykonania umowy oraz najkorzystniejszej w sensie materialnym, wskazanym w art. 91 ust. 1 i 2 Pzp tj. najkorzystniejszej wg kryteriów wskazanych w siwz i odnoszących się do przedmiotu zamówienia, a nie wyłącznie oferty najbardziej poprawnej pod względem formalnym. W ocenie Izby wystarczające dla zadośćuczynienia wymaganiom zamawiającego zawartym w siwz było złożenie przez odwołującego się oświadczeń zawartych w pkt 4.1. i 4.2 Pzp Formularza oferty. Zamawiający nie powinien przez mnożenie wymagań formalnych, które nie są niezbędne dla prawidłowego przebiegu postępowania oraz nie dają mu żadnej dodatkowej ochrony, doprowadzać do sytuacji odrzucenia oferty wyłącznie z powodu powyższych wymagań formalnych.

W granicach ustalonych zarzutami protestu nie potwierdził się natomiast zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Ustawodawca rozróżnia ofertę od oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (arg. z art. 44 Pzp) – dokumentów o charakterze podmiotowym oraz od potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych w siwz – dokumenty o charakterze przedmiotowym (art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp). Uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 podlegają wyłącznie dokumenty podmiotowe i przedmiotowe a zastosowanie tego trybu w odniesieniu do spełniania przez ofertę merytorycznych wymagań zamawiającego nie jest dopuszczalne. Oferta podlega bowiem wyjaśnieniu w zakresie treści zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp poprawieniu zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp oraz interpretacji.

Czynność oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu jest odrębnym działaniem zamawiającego od czynności badania i oceny ofert (arg. z art. 20 ust. 1 Pzp) zatem nie można mówić o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w sytuacji, gdy zamawiający w ramach spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu wykonał względem KONSORCJUM ABM POL-DRÓG obowiązek wynikający z art. 26 ust. 3 Pzp a dopuścił się błędu w czynności badania oferty odwołującego się.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp winien w ustalonych okolicznościach faktycznych dotyczyć działania lub zamawiającego w ramach jednej czynności w postępowaniu.

Reasumując Izba stwierdza, że w okolicznościach sporu wystarczające jest złożenie przez odwołującego się oświadczeń wskazanych w pkt 4.1. oraz 4.2 Formularza oferty. Zamawiający zatem wadliwie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej a czynności odrzucenia oferty odwołującego się narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 82 ust. 3 Pzp.

Naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych których dopuścił się zamawiający miały istotny wpływ na wynik postępowania. Dlatego Izba działając na podstawie art. 191 ust. 1 oraz art. 191 ust. 1 a Pzp uwzględniła odwołanie. Na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty odwołującego się oraz nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....