

WYROK

z dnia 6 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Tebodin SAP-Projekt sp. z o.o., ul. Taśmowa 7, 02-677 Warszawa** oraz **Biuro Usług Inwestycyjnych Ciechański & Haładaj sp.j., ul. Wodna 47, 90-046 Łódź** od czynności Zamawiającego – **Miasto Łódź, Zarząd Dróg i Transportu, ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **DHV Polska sp. z o.o., ul. Domaniewska 41, 02-672 Warszawa** oraz **Arcadis sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Tebodin SAP-Projekt sp. z o.o., ul. Taśmowa 7, 02-677 Warszawa** oraz **Biuro Usług Inwestycyjnych Ciechański & Haładaj sp.j., ul. Wodna 47, 90-046 Łódź** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Tebodin SAP-Projekt sp. z o.o., ul. Taśmowa 7, 02-677 Warszawa** oraz **Biuro Usług Inwestycyjnych Ciechański & Haładaj sp.j., ul. Wodna 47, 90-046 Łódź**.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), którego przedmiotem jest *pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nad realizacją zadania „Zaprojektowanie i budowa Trasy Górna na odcinku od skrzyżowania al. Jana Pawła II – ul. Pabianicka do ul. Rzgowskiej w Łodzi”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 marca 2010r. pod nr 2010 S/53-078790.

W dniu 12 lipca 2010 r., Zamawiający przesłał Odwołującemu informację o wyborze, jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DHV Polska sp. z o.o., ul. Domaniewska 41, 02-672 Warszawa oraz Arcadis sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa, zwanych dalej „Przystępującym” oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego, Odwołujący wniósł w dniu 22 lipca 2010r. odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3 oraz art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił, iż Zamawiający w pkt 4.2 SIWZ wskazał, że usługi dot. wykonania przedmiotu zamówienia obejmują:

- „ETAP I - świadczenie usług w okresie projektowania i uzyskiwania przez Wykonawcę Zadania decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, w tym nadzór oraz kontrola nad opracowaniem dokumentacji projektowej przez Wykonawcę Zadania , jej weryfikację i zatwierdzanie (po uprzedniej akceptacji Zamawiającego);
- ETAP II - świadczenia usług w okresie realizacji robót budowlanych przez Wykonawcę Zadania, w tym zarządzanie, kontrola, nadzór inwestorski nad realizacją Zadania w związku z umową na wykonywanie Zadania, zawartą w wyniku oddzielnego postępowania.”

Zgodnie z Formularzem cenowym do oferty (Formularz nr 2) załączonym w formie Tabeli w I-szym wierszu Zamawiający wpisał „Świadczenie usług w okresie projektowania i uzyskiwania decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej - ETAP I - Ryczałt" w celu uzupełnienia pozycji dla tego opisu oraz odpowiadającą mu pionową kolumnę oznaczoną jako „wartość brutto Etapu I Zadania" również do uzupełnienia. Z uwagi na fakt, iż przyjęte przez

Zamawiającego nazewnictwo odnosi się zarówno do I-szej pozycji w pierwszym wierszu jak i do I-szej pozycji w pierwszej kolumnie Odwołujący wpisał jedną sumę pieniężną stosownie do opisu przedmiotu zamówienia przyjętego w ww. pkt 4.2 SIWZ - Etap I.

Analogicznie wspomniana Tabela została wypełniona dla Etapu II. Zamawiający wskazał w drugim wierszu pozycję pn. „Świadczenie usług w okresie realizacji robót budowlanych -ETAP II - Ryczałt” oraz odpowiadającą mu również drugą pozycję w drugiej kolumnie Tabeli pn. „Wartość brutto Etapu II Zadania”. Stosownie do przyjętego przez Zamawiającego nazewnictwa (pkt 4.2 SIWZ) Odwołujący wpisał łączną kwotę za wykonanie II Etapu świadczenia usług bez rozbitcia na inne kwoty.

Ponadto argumentował, że w piśmie z dnia 20 maja 2010 roku wyjaśnił Zamawiającemu powody dot. powyższego sposobu wypełnienia Tabeli. Wskazał także, że oferowana przez niego cena za wykonanie usługi nie ulega zmianie, a przyjęta przez Zamawiającego systematyka podziału kwot stanowi w jego opinii jedynie podział techniczny i porządkowy w celu określenia podziału obciążenia finansowego z tytułu pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu co jest zgodne pkt 18.2 SIWZ, w którym Zamawiający zastrzegł, iż „Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie wyłącznie kryterium ceny o wadze 100%”. Tak sformułowany przez Zamawiającego warunek jednoznacznie potwierdza, że jedynym kryterium oceny jest cena, a ta w przypadku Odwołującego nie uległa zmianie na jakimkolwiek etapie niniejszego postępowania.

Niezależnie od powyższego podkreślał, iż Zamawiający pod wspomnianą Tabelą zapisał, iż „Wartość usług brutto (określona w wierszu 1) może wynieść maksymalnie 5% ceny ofertowej brutto (określonej w wierszu 3). W przypadku obliczenia ceny niezgodnie z powyższym zapisem (tj. dot. 5% wartości usługi za etap I w stosunku do całej ceny ofertowej brutto), Zamawiający odrzuci ofertę jako niezgodną z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”. Z powyższego można przedstawić wniosek, iż cena usług brutto za wykonanie Etapu I-szego przedstawiona przez Odwołującego to 145 000,00 zł co stanowi dokładnie 5% ceny za całość oferowanych usług (2 900 000,00 zł brutto), zatem Odwołujący dochował warunku wskazanego przez Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze stwierdzał, że odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło w sposób niezgodny z treścią SIWZ, a zatem Zamawiający nie mógł powołać się na podstawę prawną odrzucenia oferty tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego trudno zaakceptować sytuację, w której oferta Wykonawcy zawierająca najniższą cenę, będącą jednocześnie jedynym kryterium wyboru oferty, zostałaby odrzucona z powodów czysto technicznych.

Nadmieniał, iż w myśl § 6 Formularza Aktu Umowy „Rozliczenie za wykonanie przedmiotu umowy będzie następowało zgodnie z harmonogramem płatności na podstawie faktur wystawionych przez Wykonawcę potwierdzonych przez Kierownika Projektu, po spełnieniu przez Wykonawcę wymagań określonych w artykule 21 Warunków Ogólnych Umowy.” Wspomniany art. 21.1. Warunków Ogólnych Umowy stanowi, iż „Zamawiający dokonuje płatności na rzecz Wykonawcy w następujący sposób:

- a) płatność za świadczenie usług w ETAPIE I - będzie wynagrodzeniem ryczałtowym określonym przez Wykonawcę w Formularzu cenowym - wypłacanym jednokrotnie (w całości) po wykonaniu usług w Etapie I,
- b) płatność za świadczenie usług w ETAPIE II - będzie wynagrodzeniem ryczałtowym - wypłacanym miesięcznie w kwocie równej $1/n$ z wycenionej przez Wykonawcę w Formularzu cenowym wartości świadczenia usług w ETAPIE II (gdzie n to liczba miesięcy realizacji robót).”

Z treści powołanego wyżej postanowienia wywodził, że nie wynika aby płatności były dokonywane za inne okresy aniżeli za Etapy rozumiane i zdefiniowane przez Zamawiającego w pkt 4.2 SIWZ. Wobec powyższego sposób wypełnienia Tabeli w Formularzu cenowym do oferty jest prawidłowy. Podnosił, że przyjęty przez Zamawiającego sposób rozliczania się z wybranym wykonawcą następować będzie na podstawie kwoty wynagrodzenia ryczałtowego, tym samym podawane kwoty za wykonanie poszczególnych Etapów nie są niczym innym aniżeli pewnymi elementami składowymi wynagrodzenia ryczałtowego.

W świetle powyższego wywodził, że Odwołujący miał prawo wypełnić Tabelę zgodnie z przyjętą przez Zamawiającego systematyką, tak jak rozumiał to najlepiej w momencie jej wypełniania. Cena zaoferowana przez Odwołującego jest najkorzystniejsza, a ewentualne modyfikacje cen pośrednich nie wpływają na wysokość oferty złożonej przez Odwołującego. Brak precyzyjnego określenia w odniesieniu do sposobu opisu oferty poprzez posługiwanie się przez Zamawiającego zamiennie terminami „Etap lub Etapy” powoduje zdaniem Odwołującego powstanie rozbieżności interpretacyjnych. Odwołujący nawet przy zachowaniu należytej staranności mógł zrozumieć, że użyte przez Zamawiającego pojęcie „Etap” może być rozumiane w sposób jednolity zarówno w kolumnach jak i wierszach Tabeli, co umożliwiło mu wypełnienie Tabeli w sposób najlepiej przez niego rozumiany.

Podnosił ponadto, że w związku z brakiem podstaw do odrzucenia jego oferty, Zamawiający zaniechał ciążącego na nim obowiązku, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do wezwania Odwołującego do uzupełnienia oryginału lub kopii pełnomocnictwa poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza pełnomocnictwa udzielonego Panu Mariuszowi

Szmydowi przez osobę uprawnioną z Tebodin SAP - Projekt Sp. z o.o. Ponadto podnosił, że dokument pełnomocnictwa nie ma znaczenia konstytutywnego, konstytutywne znaczenie ma samo ustanowienie pełnomocnictwa.

Podnosił, że przygotowując postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego Zamawiający powinien wypełnić dyspozycję art. 29 ust. 1 ustawy Pzp i opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niniejsze postępowanie nie spełniało tych wymagań. Używane przez Zamawiającego określenia oraz terminy mogły wprowadzić wykonawcę w błąd. Podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane), i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Podnosił, że okoliczność, że inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, wystarczy bowiem, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę.

Ponadto powołując się na orzecznictwo KIO argumentował, że jeżeli w postępowaniu cena ma charakter ryczałtowy nie mają znaczenia zapisy kosztorysu ofertowego i ewentualne błędy w kosztorysie nie mogą prowadzić do uznania, iż oferta jest niezgodna z treścią SIWZ i podlega odrzuceniu.

W oparciu o powyższą argumentację Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w dniu 23 lipca 2010 r. przesłał pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia kopię odwołania wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Przystępujący otrzymał kopię odwołania i wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 23 lipca 2010 r.

Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczając przystąpienie Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie

pisemnej w dniu 26 lipca 2010 r. Termin 3 dniowy, określony w art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, został zachowany.

W uzasadnieniu zgłoszenia Przystępujący, podniósł, że Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż jej treść nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Argumentował, że Zamawiający w pkt 16 SIWZ zastrzegł, że *„Wykonawca jest zobowiązany do wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach występujących w formularzu cenowym. Brak wypełnienia i określenia wartości w każdej pozycji oraz dokonywanie zmian w treści formularza spowoduje odrzucenie oferty z wyjątkiem omyłek o których mowa w rozdziale 19.3 pkt 19.3.1 ppkt c). Wykonawca nie może wprowadzić zmian do formularza cenowego”*. Odwołujący złożył wraz z ofertą formularz cenowy z treści którego wynika, że określił wartości tylko za świadczenie usług w okresie projektowania i uzyskania decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej dla Etapu I Zadania oraz za świadczenie usług w okresie realizacji robót budowlanych dla Etapu II Zadania. Na tej podstawie wywodził, że formularz cenowy Odwołującego został wypełniony niezgodnie z wymaganiami SIWZ, albowiem nie wypełniono wszystkich wymaganych w SIWZ pozycji. Podkreślał, że Zamawiający nie mógł poprawić omyłek w tekście oferty, gdyż omyłka nie jest oczywista, a ponadto poprawa mogłaby być z łatwością uznana jako istotna zmiana w treści oferty, do czego nie miał uprawnień Zamawiający.

W oparciu o powyższą argumentację Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający na rozprawie złożył odpowiedź na odwołanie. W odpowiedzi argumentował, że projekt obejmujący przedmiot niniejszego postępowania tj. zaprojektowanie i wybudowanie Trasy Łódź Górna na odcinku od skrzyżowania Al. Jana Pawła II - ul. Pabianicka do ul. Rzgowskiej w Łodzi będzie współfinansowany z dwóch odrębnych programów tj.:

- Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Łódzkiego na lata 2007 - 2013 - Projekt pn Budowa Trasy Górna na odcinku od Al. Włókniarzy do ul. Rzgowskiej etap I odc. Rzgowska – Paradna,
- Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko - Projekt pn. Budowa drogi krajowej nr 1 Trasa Górna na odcinku od Al. Jana Pawła II do ul. Rzgowskiej Etap II odcinek Paradna - Pabianicka.

Zwracał uwagę, że w pkt. 4.2 ppkt 3 SIWZ zamawiający opisał, jakie etapy składają się na realizację przedmiotu zamówienia oraz wskazał odcinki Trasy Górna, które będą realizowane w ramach tej budowy tj. odcinek Rzgowska - Paradna oraz odcinek Paradna -Pabianicka. Każdy z tych odcinków współfinansowany jest z odrębnych programów - POIiŚ, który jest programem

krajowym oraz RPO, który jest programem regionalnym. Konsekwencją współfinansowania z dwóch odrębnych programów operacyjnych jest oddzielnie rozliczanie wydatków poniesionych na realizację przedmiotu zamówienia w ramach danego postępowania. Wywodził, że w związku z tym Zamawiający korzystający z takiego podwójnego finansowania zmuszony jest posiadać dokładne wydzielenie kwot przeznaczonych na realizację poszczególnych elementów objętych dofinansowaniem. Brak takiego jasnego rozgraniczenia oznacza dla Zamawiającego trudności z rozliczeniem przyznanego mu dofinansowania lub wręcz utratę tego dofinansowania. Wobec powyższego Zamawiający tworząc formularz cenowy do oferty nie tylko wydzielił zasadnicze etapy obejmujące projektowanie i budowę, ale dokonał podziału tych etapów na części odpowiadające odcinkom opisanym w dofinansowaniu. Tym samym wymagał odrębnej wyceny w ramach etapu projektowania odcinka realizowanego etap I - odc. Rzgowska -Paradna i odcinka realizowanego w Etapie II - odc. Paradna - Pabianicka, ta sama zasada dotyczyła etapu budowy. Taki poziom uszczegółowienia dokonanej wyceny podyktowany był zasadami dofinansowania i jego rozliczenia w ramach przyznaných środków w programie RPO i POIiŚ. Tym samym przyjęty podział kwot miał swój istotny cel, ponieważ tylko takie dokładne rozbitcie kwot nie tylko na etapy, ale również na właściwe odcinki w ramach danego etapu dają gwarancję możliwości rozliczenia środków uzyskanych w ramach dofinansowania UE. Z punktu widzenia możliwości rozliczenia uzyskanego dofinansowania tylko takie uszczegółowienie jak wymagane we wzorze formularza cenowego pozwala na uznanie poniesionych wydatków za kwalifikowane i nie naraża Zamawiającego na odmowę takiego dofinansowania. W związku z tym podział ten nie miał tylko znaczenia technicznego i porządkowego, jak twierdzi Odwołujący, lecz miał swoje uzasadnienie w przyjętym systemie finansowania planowanej inwestycji. Z punktu widzenia interesów Zamawiającego i prawidłowości rozliczeń z instytucjami zarządzającymi wycena oddzielna poszczególnych elementów etapów była istotna i konieczna. W tym przypadku podanie kwot w poszczególnych pozycjach formularza cenowego miało charakter wiążący, a ponadto musiały być skonkretyzowane i niezmiennic. Tym samym należały do istotnych elementów oferty i określały poziom zobowiązań wykonawcy.

Zamawiający argumentował także, że pojęcie „istotności zmian treści oferty”, o którym mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy rozpatrywać w kontekście m.in. danego stanu faktycznego postępowania, sytuacji wykonawców w tym postępowaniu czy też wymogów SIWZ co do treści oferty i wynikających z nich skutków dla oceny ofert. Jednakże w przedmiotowej sprawie z uwagi na złożoność finansowania projektu, konieczność jasnego wskazania instytucjom zarządzającym i nadzorującym kwot rozliczonych w ramach danego projektu operacyjnego powodowało, iż charakter wymaganych w formularzu cenowym cen miało

istotne znaczenie, a tym samym stanowiło istotny element oferty. Opisane powyżej znaczenie wydzielenia poszczególnych wynagrodzeń w ramach danego etapu oznacza, iż jakiegokolwiek w tym zakresie zmiany, uzupełnienia i poprawki musiałyby być zakwalifikowane jako istotne zmiany. Podanie bowiem globalnej kwoty wynagrodzenia za dany etap (projektowania lub budowy) nie pozwala samodzielnie ocenić przez Zamawiającego, jaka część danego wynagrodzenia przypisana jest do rozliczenia w danym programie operacyjnym, co wyłącza tym samym możliwość dokonania prawidłowych rozliczeń. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp omyłki podlegające poprawieniu to takie, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty, a ponadto są możliwe do poprawienia przez zamawiającego bez konieczności uzyskiwania dodatkowych wyjaśnień od wykonawcy. W przedmiotowej sprawie zamawiający, aby dokonać wydzielenia z wynagrodzenia dla etapu projektowania i budowy kwot należnych do rozliczenia w ramach danego odcinka finansowanego w ramach POiŚ i RPO, musiałby przeprowadzić z wykonawcą negocjacje co do wysokości poszczególnych częściowych wynagrodzeń. Wyjaśniał, że wykonawca posiadał pełną swobodę decyzji co do ukształtowania oferty tj. to wykonawca sam określał jakie wynagrodzenie będzie należne mu za nadzór odcinka Rzgowska - Paradna i odcinka Paradna -Pabianicka. Tym samym Zamawiający nie dysponuje żadnymi informacjami jaki kształt i zakres mogły uzyskać pominięte w wycenie pozycje, w tym zakresie wykonawca miał pełną swobodę decyzji. Z tego też względu brakujące elementy wyceny nie mogły zostać uznane za nieistotne, a ich uzupełnienie było niemożliwe w okolicznościach niniejszej sprawy. Ponadto w niniejszej sprawie podziału zaproponowanego wynagrodzenia dla Etapu I i Etapu II Zadania może dokonać wyłącznie sam wykonawca o własną kalkulację ceny oferty.

Zwracał uwagę, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie narzucił sztywnych reguł, algorytmów dotyczących podziału wynagrodzenia w ramach etapu I i II. W tym zakresie pełną swobodę miał wykonawca, w związku z tym jakiegokolwiek w tym zakresie ingerencja Zamawiającego powodowałaby istotną ingerencję w treść oferty. Zamawiający w odniesieniu do tej omyłki wykonawcy nie mógłby jej samodzielnie poprawić, bez udziału wykonawcy. W tym zakresie musiałby przeprowadzić wyjaśnienia z wykonawcą, który musiałby wskazać sposób podziału wynagrodzenia w ramach etapu i jego wartość. Porozumiewanie się w tym zakresie zamawiającego z wykonawcą stanowiłoby niedozwolone negocjacje dotyczące treści oferty (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp).

Odnosząc się do zarzutu braku wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa, wyjaśniał, iż Zamawiający w SIWZ wyraźnie wskazał, iż dołączone do oferty pełnomocnictwo m.in. do złożenia oferty powinno mieć postać oryginału albo uwierzytelnionej notarialnie kopii. W przedmiotowej sprawie zostało złożone pełnomocnictwo w kopii poświadczonej przez

przedstawiciela wykonawcy. W związku z tym nie spełniało ono wymagań. Zamawiający działając zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy nie wzywał do uzupełnienia pełnomocnictwa, ponieważ pomimo jego złożenia oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie zgodził się również z zarzutem nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. Podnosił, że w przedmiotowym postępowaniu w ramach opisu przedmiotu zamówienia szczegółowo opisał, co jest objęte zakresem usługi i na czym ta usługa polega. Opisał, jakie części składają się na dany etap oraz wskazał programy z jakich są one finansowane z dokładnym określeniem odcinków.

W oparciu o powyższą argumentację Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę złożoną przez Odwołującego, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustalono również, że Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, uprawniający go do złożenia odwołania.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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

Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że w pkt 16.3 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że „Ustalona przez Wykonawcę cena oferty stanowi sumę cen ryczałtowych określonych w Formularzu nr 2”.

Ponadto, w pkt 16.4 SIWZ postanowił, że „Wykonawca jest zobowiązany do wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach występujących w formularzu cenowym. Brak wypełnienia i określenia wartości w każdej pozycji oraz dokonywanie zmian w treści formularza spowoduje odrzucenie oferty za wyjątkiem omyłek, o których mowa w rozdziale 19.3 pkt 19.3.1 ppkt c). Wykonawca nie może wprowadzić zmian do formularza cenowego”.

Zamawiający sporządził Wzór formularza cenowego, w formie Tabeli, obejmującej wiersze:

- wiersz pierwszy: „Świadczenie usług w okresie projektowania i uzyskiwania decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej - ETAP I – Ryczałt”,
- wiersz drugi: „Świadczenie usług w okresie realizacji robót budowlanych - ETAP II – Ryczałt”,
- wiersz trzeci: „razem cena brutto (suma wierszy 1 i 2)”.

Kolumny Tabeli wzoru formularza cenowego oznaczone były następująco:

- kolumna pierwsza: „Wartość brutto Etapu I Zadania”
- kolumna druga: „Wartość brutto Etapu II Zadania”,
- kolumna trzecia: „Łączna wartość brutto (Etapu I i II Zadania).

Wykreślone znakami xxxxxx zostały pozycje znajdujące się w wierszu trzecim, w kolumnie pierwszej i drugiej.

Ponadto pod tabelą znajdował się zapis, że wartość usług brutto (określona w wierszu 1) może wynieść maksymalnie 5% ceny ofertowej brutto (określonej w wierszu 3), wraz z adnotacją, że w przypadku obliczenia ceny niezgodnie z powyższym zapisem, Zamawiający odrzuci ofertę jako niezgodną z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący złożył wraz z ofertą formularz cenowy, w którym wypełnił pozycje:

- w wierszu pierwszym, w kolumnie pierwszej wpisując kwotę 145.000,00 zł,
- w wierszu drugim, w kolumnie drugiej wpisując kwotę 2.755.000,00 zł,
- w wierszu trzecim, w kolumnie trzeciej wpisując kwotę 2.900.000,00 zł.

Odwołujący nie wypełnił w formularzu cenowym następujących pozycji:

- w wierszu pierwszym, w kolumnie drugiej i kolumnie trzeciej,

- w wierszu drugim, w kolumnie pierwszej i trzeciej.

Zgodnie z pkt 18.2 SIWZ jedynym kryterium oceny ofert była cena brutto o wadze 100%. Ponadto cenę ofertową brutto należało wskazać w formularzu ofertowym.

Odwołujący złożył w ofercie formularz ofertowy, w którym wpisał kwotę 2.900.000,00 zł.

Izba ustaliła także, że Zamawiający w pkt 4.2 SIWZ wskazał, że usługi objęte przedmiotem zamówienia obejmują:

ETAP I - świadczenie usług w okresie projektowania i uzyskiwania przez Wykonawcę Zadania decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, w tym nadzór oraz kontrola nad opracowywaniem dokumentacji projektowej przez Wykonawcę Zadania, jej weryfikację i zatwierdzenie (po uprzedniej akceptacji Zamawiającego);

ETAP II - świadczenie usług w okresie realizacji robót budowlanych przez Wykonawcę Zadania, w tym zarządzanie, kontrola, nadzór inwestorski nad realizacją Zadania w związku z umową na wykonywanie Zadania, zawartą w wyniku oddzielnego postępowania.

W pkt 4.2.3 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że *Realizacja Etapu II dotyczącego świadczenia usług w okresie budowy Trasy Górna na odcinku od skrzyżowania al. Jana Pawła II – ul. Pabianicka do ul. Rzgowskiej w Łodzi w ramach zadania „Zaprojektowanie i budowa Trasy Górna na odcinku od skrzyżowania al. Jana Pawła II – ul. Pabianicka do ul. Rzgowskiej w Łodzi” nastąpi po uzyskaniu dofinansowania ze środków Unii Europejskiej w ramach: Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Łódzkiego na lata 2007 – 2013 - Projekt pn. „Budowa Trasy „Górna” na odcinku od Al. Włókniarzy do ul. Rzgowskiej Etap I – odc. Rzgowska – Paradna” oraz Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko - Projekt pn. „Budowa drogi krajowej nr 1 "Trasa Górna" na odcinku od Al. Jana Pawła II do ul. Rzgowskiej, Etap II, odcinek Paradna – Pabianicka”.*

W pkt 4.2.6 Zamawiający poinformował wykonawców, że *„W przypadku odmowy dofinansowania, o którym mowa w pkt. 4.2.3 Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od realizacji Etapu II umowy na warunkach określonych w artykule 25 Warunków Ogólnych Umowy”.*

Ponadto w pkt 12.6 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że *„w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia należy załączyć pełnomocnictwo wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (w formie oryginału lub kopii potwierdzonej notarialnie za zgodność z oryginałem)”.*

Odwołujący złożył w ofercie pełnomocnictwo w formie kopii poświadczonej przez przedstawiciela wykonawcy.

Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do odwołującego o złożenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Zwracał uwagę, że w formularzu cenowym Odwołujący dokonał wyliczenia ceny oferty, uwzględniając w niej jedynie wartość świadczenia usług w okresie projektowania i uzyskania decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej dla Etapu I Zadania oraz świadczenia usług w okresie realizacji robót budowlanych dla Etapu II Zadania. Wezwał Odwołującego do wyjaśnienia, dlaczego w formularzu cenowym Odwołujący nie dokonał wyceny pozycji w zakresie świadczenia usług w okresie projektowania i uzyskania decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej dla Etapu II Zadania oraz świadczenia usług w okresie realizacji robót budowlanych dla Etapu I Zadania.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący złożył pismo z dnia 20 maja 2010 r., w którym wyjaśnił, że w formularzu cenowym do oferty w wierszu pierwszym wykazał kwotę 145.000 zł, rozumiejąc ją jako wartość etapu I (świadczenie usług w okresie projektowania) w odniesieniu do całości Zadania. Analogicznie w wierszu drugim wskazał kwotę 2.755.000,00 zł brutto rozumiejąc ją jako wartość etapu II (świadczenie usług w okresie realizacji robót budowlanych) w odniesieniu do całości Zadania, zaś w wierszu trzecim, trzeciej kolumnie umieścił łączną wartość brutto oferty w kwocie 2.900.000,00 zł, która to wartość odpowiada wartości oferty wskazanej w formularzu ofertowym. Wyjaśnił, że powodem takiego sposobu wypełnienia przez niego formularza cenowego był wynikiem takiego zrozumienia przez niego pkt 4 SIWZ oraz TOM III – opis przedmiotu zamówienia.

Wyjaśnił, że wprowadzenie dodatkowego podziału na Zadania na odcinki nazwane w SIWZ również jako ETAP I i ETAP II w żaden sposób nie wpływa na jej wartość. Podkreślał, że podział na odcinki i związane z tym źródła finansowania ma jedynie charakter techniczny i porządkowy w celu określenia podziału obciążenia finansowego z tytułu usługi. Wobec czego brak w ofercie, nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Wyjaśnił, że Zamawiający zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp powinien uzupełnić kolumnę trzecią formularza cenowego, a następnie stosując art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonać poprawy tej omyłki poprzez zaproponowanie podziału kwot ofertowych z kolumny III na poszczególne odcinki o różnych źródłach finansowania.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, że kwestią wymagającą rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie w pierwszej kolejności było, czy Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W świetle ww. przepisu, Zamawiający przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zobowiązany jest przeanalizować możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3. Przywołany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp obliuguje Zamawiającego do poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego omyłek w treści oferty, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności: stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty ze SIWZ ma charakter omyłki i poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający powinien poprawić w ofercie inne (niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, a dopiero w braku zgody wykonawcy na ich poprawienie, może ofertę odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustawodawca, uchylając art. 88 ustawy Pzp, zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, uznając, że dopuszczalność zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp należy oceniać w konkretnych okolicznościach sprawy, biorąc pod uwagę istotność zmian wprowadzonych w treści oferty, a także intencje wykonawcy, składającego oświadczenie woli.

Jak podkreślono w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych, zatytułowanej „Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.” pod red. J. Sadowego, Warszawa 2008, str. 117 i nast. *„Ustawa dopuszcza również poprawianie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, i niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy). Poprawianie omyłek na podstawie cyt. przepisu dotyczy omyłek niemających charakteru oczywistego oraz niekoniecznie odnosi się do ceny, a więc może dotyczyć również innych elementów złożonej oferty. (...) Na podstawie cyt. przepisu można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień.”*

Izba zważyła, że w ofercie Odwołującego niewątpliwie występowała rozbieżność z treścią SIWZ. Zamawiający w pkt 16.4. SIWZ jednoznacznie zastrzegł, że *wykonawca jest zobowiązany do wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach występujących w formularzu cenowym*. Odwołujący zaś składając wraz z ofertą formularz cenowy, nie wypełnił w nim następujących pozycji:

- w wierszu pierwszym, w kolumnie drugiej i kolumnie trzeciej,

- w wierszu drugim, w kolumnie pierwszej i trzeciej.

Tym samym Odwołujący nie wycenił świadczenia usług w okresie projektowania i uzyskania decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej dla Etapu I Zadania oraz świadczenia usług w okresie realizacji robót budowlanych dla Etapu II Zadania

W celu ustalenia, czy w konkretnym przypadku mamy do czynienia z omyłką, koniecznym było po pierwsze ustalenie zamiaru wykonawcy. Z treści oferty Odwołującego, zdaniem Izby, wynika niewątpliwie zamiar wycenienia usługi jedynie w rozbiciu na świadczenie usług w okresie projektowania oraz na świadczenie usług w okresie realizacji robót budowlanych, a więc niezgodnie z wymaganiem Zamawiającego, który wymagał rozbięcia tych kwot dodatkowo z podziałem na odcinki Zadania. Potwierdza to pismo Odwołującego z dnia 20 maja 2010 r. w którym wyjaśnił motywy takiego wypełnienia formularza cenowego stwierdzając, że w wierszu pierwszym wykazał kwotę 145.000 zł, rozumiejąc ją jako wartość etapu I (świadczenie usług w okresie projektowania) w odniesieniu do całości Zadania, a więc obu odcinków. Analogicznie w wierszu drugim wskazał kwotę 2.755.000,00 zł brutto rozumiejąc ją jako wartość etapu II (świadczenie usług w okresie realizacji robót budowlanych) w odniesieniu do całości Zadania, a więc również obu odcinków. Zaniechanie rozbięcia ww. kwot z podziałem na odcinki Zadania: tj. odcinka ul. Rzgowska – ul. Paradna i odcinka ul. Paradna – ul. Pabianicka, wynikało z błędnego zrozumienia zapisów SIWZ, a mianowicie iż w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z jednym Zadaniem tj. ulica Rzgowska – Pabianicka.

W piśmie tym Odwołujący zasugerował również możliwość poprawy tej omyłki poprzez podział kwot ofertowych 145.000,00 zł i 2.755.000,00 zł na poszczególne odcinki Zadania o różnych źródłach finansowania, tj. ul. Rzgowska – ul. Paradna i odcinka ul. Paradna – ul. Pabianicka, przez co przejawiał zamiar spełnienia wymogu Zamawiającego.

W drugiej kolejności należało stwierdzić, czy ewentualna poprawa omyłki w ofercie Odwołującego spowodowałaby istotną zmianę treści oferty.

Pojęcie „istotności zmian treści oferty”, o którym mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy rozpatrywać w kontekście konkretnego postępowania, stanu faktycznego sprawy, sytuacji wykonawców w tym postępowaniu czy też wymogów SIWZ co do treści oferty i wynikających z nich skutków dla oceny ofert.

Jak wynika z postanowień SIWZ podział ceny ofertowej na etap I dotyczący świadczenia usług w okresie projektowania i uzyskiwania decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej oraz na etap II dotyczący świadczenia usług w okresie realizacji robót budowlanych był

dla Zamawiającego przedmiotowo istotny. Wymóg ten wynikał z faktu, że realizacja etapu II tj. świadczenia usług w okresie realizacji robót budowlanych nastąpi tylko pod warunkiem uzyskania dofinansowania ze środków Unii Europejskiej, co wynikało jednoznacznie z pkt 4.2.3 SIWZ. Z tego też powodu Zamawiający zastrzegł w pkt 4.2.6 SIWZ, że w przypadku niezyskania dofinansowania, zastrzega sobie prawo do odstąpienia od realizacji etapu II, na zasadach określonych w art. 25 Warunków Ogólnych Umowy. Znajomość kwot w rozbięciu na te etapy była więc dla Zamawiającego niezbędna w celu określenia wartości tej części umowy, której wykonanie jest warunkowe, uzależnione od okoliczności od niego niezależnych i w stosunku do której zastrzegł możliwość odstąpienia.

Natomiast podział ceny ofertowej w rozbięciu dodatkowo na odcinki Zadania tj. ul. Rzgowska – ul. Paradna i odcinka ul. Paradna – ul. Pabianicka był dla Zamawiającego przedmiotowo istotny, albowiem odcinek ul. Rzgowska – Paradna finansowany jest z Regionalnego programu Operacyjnego Województwa Łódzkiego na lata 2007-2011, natomiast odcinek ul. Paradna – Pabianicka z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko. Informacja ta wynikała jednoznacznie ze wstępu do SIWZ, w którym Zamawiający opisał z jakich programów unijnych będą dofinansowane poszczególne odcinki Zadania. Informacja ta wynikała również m.in. ze wstępu do SIWZ oraz z pkt 4.2.3 SIWZ, § 1 i 2 wzoru umowy.

Taki poziom uszczegółowienia wyceny w rozbięciu na odcinki współfinansowane odrębnie w ramach programu regionalnego i krajowego był uzasadniony. Było to podyktowane koniecznością właściwego rozliczenia inwestycji w ramach przyznanych środków z Unii Europejskiej z także ze względu na uznanie poniesionych wydatków za kwalifikowane.

W związku z powyższym należało uznać, że przyjęty przez Zamawiającego podział ceny ofertowej brutto na 4 kwoty był konsekwencją systemu finansowania planowanej inwestycji przez Zamawiającego, a więc nie miał wyłącznie znaczenia porządkowego i technicznego, jak podnosił Odwołujący.

Odbiciem wymaganego przez Zamawiającego podziału ceny ofertowej na 4 części była budowa formularza cenowego, w którym należało wymienić 4 kwoty ryczałtowe a dopiero następnie je zsumować otrzymując cenę ofertową. Na uwagę zasługuje fakt, że Zamawiający w pkt 16.4 SIWZ jednoznacznie zastrzegł, że wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach w formularzu cenowym, przez co nie pozostawił wykonawcom w tej mierze dowolności. O istotności dla Zamawiającego omawianego wymogu świadczy również zawarte w pkt 16.4 wyraźne zastrzeżenie, że sankcją braku wypełnienia wartości we wszystkich pozycjach formularza jest odrzucenie oferty.

Pomimo ewidentnej doniosłości, jaką Zamawiający przypisał konieczności wypełnienia wszystkich pozycji formularza cenowego, a co za tym idzie – wymaganemu rozbiciu ceny ofertowej na 4 ceny cząstkowe, o czym świadczy przytoczony rygor odrzucenia oferty, Odwołujący nie powziął w tym zakresie wątpliwości.

Niewątpliwie Zamawiający mało fortunnie posłużył się w formularzu cenowym pojęciem *ETAP I* i *ETAP II* na określenie świadczenie usług w okresie projektowania i uzyskiwania decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej oraz świadczenie usług w okresie realizacji robót budowlanych oraz pojęciem *Etap I Zadania* i *Etap II Zadania* na określenie odcinków Zadania tj. ul. Rzgowska – ul. Paradna i odcinka ul. Paradna – ul. Pabianicka, jednakże w świetle całokształtu postanowień SIWZ, przy zachowaniu należytej staranności można było ustalić treść tych pojęć. Zarzut naruszenia art. 29 ustawy Pzp nie okazał się więc zasadny. Odwołujący, analizując postanowienie wstępu do SIWZ, pkt 4.2.3 SIWZ, §1 i 2 wzoru umowy, a przede wszystkim pkt 16.4 SIWZ dotyczące konieczności wypełnienia wszystkich pozycji formularza cenowego powinien przynajmniej powziąć wątpliwości co do swego rozumienia postanowień pkt 16.4 SIWZ i występujących w formularzu cenowym pojęć „Etap” i „Etap Zadania”. Mając świadomość rygoru odrzucenia oferty, działając z należyłą starannością, przy uwzględnieniu profesjonalnego charakteru działalności powinien zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie SIWZ, a nie pozostawiać niewycenione pozycje w formularzu cenowym. Jest to tym bardziej niezrozumiałe, biorąc pod uwagę, że Zamawiający w formularzu cenowym wykreślił znakami xxxxxx jedynie pozycje znajdujące się w wierszu trzecim, w kolumnie pierwszej i drugiej, a więc nie powinno ulegać wątpliwości Odwołującego, że pozostałe pozycje należało wycenić.

Izba stwierdziła, że uzupełnienie brakujących pozycji poprzez wpisanie tam kwoty 0 zł byłoby niemożliwe z uwagi na uniemożliwienie w ten sposób Zamawiającemu kwalifikacji wydatków co groziłoby utratą dofinansowania ze środków unijnych. W tej sytuacji jedyny sposób doprowadzenia treści oferty do zgodności z treścią SIWZ wymagałby zwrócenia się przez Zamawiającego do Odwołującego w celu podzielenia przez niego kwot ofertowych czyli 145.000 zł za świadczenie usług w okresie projektowania oraz 2.755.000 zł za świadczenie usług w okresie realizacji robót budowlanych również na odcinki Zadania tj. ul. Rzgowska – ul. Paradna i odcinka ul. Paradna – ul. Pabianicka.

W ocenie składu orzekającego dokonanie takiej zmiany w treści oferty wykracza jednak poza dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wymagałoby bowiem znaczącej ingerencji w treść oferty, tj. zmiany wszystkich cen cząstkowych niemożliwych bez dokonania przez Odwołującego własnej kalkulacji ceny oferty. Odwołujący pominął w treści oferty elementy przedmiotowo istotne dla Zamawiającego, których treść ma istotny wpływ na treść

przyszłego zobowiązania. Co do tych elementów Zamawiający pozostawił wykonawcom pełną decyzyjność i swobodę, lecz skutek pominięcia ich przez Odwołującego nie można w oparciu o inne elementy oferty ustalić, jaki kształt i zakres mogły przybrać treści pominięte. Nie można ustalić bowiem jaką wartość będą miały poszczególne części umowy finansowane z różnych programów unijnych, bez przeprowadzenia negocjacji z Odwołującym i niedozwolonej w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zmiany treści przedmiotowo istotnych elementów oferty.

W świetle powyższego Izba uznała, że Odwołujący popełnił omyłkę co do istotnego elementu oferty, którego poprawa spowodowałaby istotną zmiany oferty.

W konsekwencji decyzję zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego należało uznać za prawidłową. Nie potwierdził się zatem zarzut błędnej interpretacji i niewłaściwego zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Konsekwencją stwierdzenia, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu był brak obowiązku wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Nie ulegało wątpliwości, że w pkt 12.6 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że *„w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia należy załączyć pełnomocnictwo wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (w formie oryginału lub kopii potwierdzonej notarialnie za zgodność z oryginałem)”*, jak również to, że Odwołujący złożył w ofercie pełnomocnictwo w formie kopii poświadczonej przez przedstawiciela wykonawcy.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa, jednakże za wyjątkiem sytuacji, gdy pomimo uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, co miało miejsce w przedmiotowej sprawie.

Nie potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający zasadnie zaniechał wzywania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa, albowiem oferta Odwołującego pomimo uzupełnienia podlegała odrzuceniu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący:

.....