

**WYROK**  
**z dnia 2 sierpnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2011 r. przez wykonawcę **ACUS Maria Sobiech i Piotr Stefaniuk sp. j., 04-386 Warszawa, Ul. Michała Paca 37** w postępowaniu prowadzonym przez **"Przewozy Regionalne" sp. z o.o., 03-414 Warszawa, ul. Wileńska 14a,**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić wybór oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego
2. kosztami postępowania obciąża **"Przewozy Regionalne" sp. z o.o., 03-414 Warszawa, ul. Wileńska 14a** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ACUS Maria Sobiech i Piotr Stefaniuk sp. j., 04-386 Warszawa, Ul. Michała Paca 37** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **"Przewozy Regionalne" sp. z o.o., 03-414 Warszawa, ul. Wileńska 14a** na rzecz **ACUS Maria Sobiech i Piotr Stefaniuk sp. j., 04-386 Warszawa, Ul. Michała Paca 37** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Przewozy Regionalne" sp. z o.o., 03-414 Warszawa, ul. Wileńska 14a, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa ubiorów identyfikujących” - nr postępowania PBL3-0241-P/87/2010

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2011/S 71 - 116404 w dniu 12 kwietnia 2011 r.

W dniu 12 lipca 2011 r., zamawiający przesłał wykonawcom zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy ACUS Maria Sobiech i Piotr Stefaniuk sp. j., 04-386 Warszawa, Ul. Michała Paca 37, zwany dalej w postępowaniu „odwołującym”.

Za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta konsorcjum firm: Towarzystwo Akcyjne Telimena S.A. oraz PPHU STAMEX Małachowski Stanisław, Łódź, ul. Sterlinga 27/29, który to wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego.

W odwołaniu Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy, polegające na niezachowaniu obowiązku równego traktowania wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, polegające na odrzuceniu oferty wykonawcy ACUS Maria Sobiech i Piotr Stefaniuk Sp.j.;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum firm: Towarzystwo Akcyjne Telimena S.A. oraz PPHU STAMEX Małachowski Stanisław w zakresie zadania nr 1;
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy, polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 1 konsorcjum firm: Towarzystwo Akcyjne Telimena S.A. oraz PPHU STAMEX Małachowski Stanisław.

Wskazując na powyższe naruszenia wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonanie powtórnej oceny ofert;
- 3) odrzucenie oferty konsorcjum firm Towarzystwo Akcyjne Telimena S.A. oraz PPHU STAMEX Małachowski Stanisław i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołującego w zakresie zadania nr 1.

Uzasadniając zarzuty podniesione w zakresie odwołaniu odwołujący podniósł, że zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazał jako uzasadnienie swojej decyzji że odwołujący: „złożył ofertę niezgodną z treścią specyfikacji istotnych

warunków zamówienia. Zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający w celu zwiększenia konkurencyjności oraz dla umożliwienia uzyskania zamówienia większej licznie wykonawców, podzielił przedmiot zamówienia na części, z których każda obejmowała zbliżony zakres i rodzaj. Każda z części stanowiła oddzielną część przedmiotu zamówienia (oddzielnym zamówieniem) i zamawiający oczekiwał oddzielnych ofert na każdą z nich.

W celu umożliwienia złożenia ofert zgodnych ze swoimi wymaganiami zamawiający określił wzór formularza oferta oraz stanowiących załączniki formularzy cenowych.

Złożenie oferty sporządzonej niezgodnie z tymi wymaganiami określonymi w SIWZ oraz we wzorach formularzy ofertowych i cenowych:

a) uniemożliwiło zamawiającemu zrealizowanie zobowiązania wynikającego z art. 86 ust 2 i 4 ustawy Pzp. Przepisy w nich zawarte zobowiązują zamawiającego do podania do publicznej wiadomości istotnych informacji oferty, do których należy przede wszystkim cena. Jest to podstawowy cel publicznego otwarcia ofert. W przypadku zlekceważenia tego naruszenia, mogło narazić zamawiającego ze strony innych wykonawców na zarzut nierównego traktowania uczestników postępowania.

b) zamawiający określił wzory formularzy i opisał zasady ich wypełniania w określonym celu, którym było zachowanie jawności, transparentności postępowania i równego traktowania wykonawców. Wykonawcy zobowiązani byli do stosowania ich przy przygotowaniu i składaniu ofert.

W związku z powyższym na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ofertę odrzucono."

Odwołujący odnosząc się do stanowiska zamawiającego podniósł, że zgodnie z § 11 SIWZ zamawiający żądał by oferta zawierała m.in.:

- formularz oferta - sporządzony zgodnie ze wzorem zawartym w załączniku nr 1A do SIWZ,
- formularz cenowy sporządzony zgodnie ze wzorem zawartym w jednym z załączników nr 2A do G do SIWZ (w zależności od numeru zadania, na które składana jest oferta). Zgodnie z § 13 SIWZ cenę należało ustalić posługując się odpowiednim dla danego zadania formularzem cenowym stanowiącym jeden z załączników od 2A do G do SIWZ. Cena oferty miała obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, o którym mowa w SIWZ.

Wskazał że złożył ofertę na dwa zadania: 1 i 4. Do oferty dołączył dwa formularze cenowe, z których jasno wynika, iż dla zadania nr 1 zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto 3.242.646,42 zł (z czego wartość netto wynosi: 2.636.297,00 zł, a podatek VAT: 606.348,52 zł), a dla zadania nr 4 zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto 199.868,24 zł (z czego wartość netto wynosi: 162.494,50 zł, a podatek VAT: 37.373,74 zł). Dodał że w formularzu oferty wskazał, iż składa ofertę na wykonanie przedmiotu

zamówienia w zakresie określonym w zadaniu nr 1 i 4 i podał cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w obydwóch zadaniach.

Podniósł że żadne z postanowień SIWZ nie wskazuje, iż w przypadku składania oferty na więcej niż jedno zadanie należy załączyć do oferty tyle formularzy ofert ile zadań wykonawca zobowiązał się wykonać. Dlatego też złożył ofertę na dwa zadania na jednym formularzu ofertowym załączając do niego dwa formularze cenowe. Stwierdził, iż zgodnie z pkt. 11 formularza ofertowego załącznikami do oferty stanowiącymi jej integralną część są m.in. formularze cenowe. Z treści tej oferty, z całością zawartych w niej oświadczeń wynikał, zamiar wykonania zamówienia w sposób zgodny z wymogami SIWZ. Oferta Odwołującego zawierała wszystkie istotne elementy zawarte w SIWZ, a ofertę należy rozumieć w sposób określony w art. 56 Kodeksu cywilnego, z którego wynika wymóg uwzględnienia przy wykładni oświadczenia woli okoliczności jego złożenia. Ponadto zasadnicze znaczenie w sprawie ma fakt załączenia do formularza oferty formularza cenowego dla zadania nr 1 oraz formularza cenowego dla zadania nr 4.

Ponadto wskazał, że zarzut zamawiającego jakoby takie wyliczenie wartości oferty uniemożliwiło zamawiającemu zrealizowanie zobowiązania wynikającego z art. 86 ust 2 i 4 ustawy Pzp. poprzez uniemożliwienie zamawiającemu podania do publicznej wiadomości istotnych informacji oferty, czyli między innymi ceny jest chybiony, gdyż zgodnie z protokołem z sesji otwarcia ofert z dnia 1 czerwca 2011 r. zamawiający podał cenę zaproponowaną przez Odwołującego z formularza cenowego dla zadania nr 1 i nr 4 oddzielnie.

Odnośnie zarzutu, polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum firm: Towarzystwo Akcyjne Telimena S.A. oraz PPHU STAMEX Małachowski Stanisław w zakresie zadania nr 1 podał, że Konsorcjum firm: Towarzystwo Akcyjne Telimena oraz PPHU STAMEX Małachowski Stanisław załączyło do oferty wzory elementów umundurowania stanowiącego przedmiot zamówienia, ale bez załączenia wzoru kamizelki damskiej, do czego było zobowiązane postanowieniami załącznika nr 7.1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1. Nie załączenie wzoru kamizelki stanowić winno o odrzuceniu tej oferty jako niezgodnej z postanowieniami siwz.

Zamawiający pismem z dnia 28 lipca 2011 roku wniósł odpowiedź na odwołanie w którym stwierdził, że oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP jako niezgodna z treścią SIWZ. Ponadto wskazał, że Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych. Każdy wykonawca mógł złożyć tylko jedną ofertę na dane zadanie, przy czym nie dopuszczalne było składanie ofert wariantowych (§11 SIWZ). Dopuszczalne więc było składanie większej ilości ofert obejmujących poszczególne zadania. Jednak wykluczone było złożenie więcej niż jednej oferty obejmującej to samo zadanie, jak też oferty obejmującej łącznie większą ilość zadań. Stwierdził, że ten fakt wynikał między innymi z liczby

pojedynczej, zapisów postanowień siwz jak np. w pkt.1 - „Składamy ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w zadaniu nr ...” w pkt.3 „Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę ...”. Natomiast odwołujący treść tej oferty zmodyfikował podając np. w pkt.1 - „Składamy ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w zadaniach nr 1 i nr 4”. Jego zdaniem taka modyfikacja prowadzi nie tylko do zmiany formy złożonej oferty, ale przede wszystkim do złożenia ofert o treści sprzecznej z treścią SIWZ. Odwołujący złożył bowiem oświadczenie woli o treści wyraźnie wskazującej, że zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia obejmującego łącznie zakres zadania nr 1 i nr 4 za cenę określoną łącznie dla zakresu obejmującego oba te zadania. Tak złożona oferta uniemożliwiła zrealizowanie obowiązku wynikającego z art.86 ust.2 i 4 ustawy pzp. Uznał, że oferta taka nie może być przedmiotem oceny na równi z innymi ofertami złożonymi zgodnie z treścią SIWZ. Wszyscy pozostali uczestnicy postępowania składali odrębne oferty do każdego zadania, obejmujące cenę ofertową odnoszącą się tylko do jednego zadania. Odwołujący złożył ofertę obejmującą dwa zadania i zaoferował łączną cenę za ich wykonanie. Taka oferta jest nieporównywalna i nie równoważna w stosunku do pozostałych ofert. Prowadzenie postępowania z udziałem takiej oferty prowadziłoby do naruszenia art.7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez niezachowanie obowiązku równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji.

Złożenie przez odwołującego oświadczenia, że oferuje wykonanie dwóch zadań za łączną kwotę, prowadzi jego zdaniem do złożenia oferty wariantowej, której złożenia Zamawiający nie dopuszczał. Zatem treść tej oferty nie była zgodna z treścią §11 SIWZ. Ewentualne wyjaśnienie tej okoliczności po myśli odwołującego prowadziłoby do istotnej zmiany treści złożonej oferty, co stałoby w sprzeczności z treścią art.87ust.1 i ust.2 pkt 3) ustawy pzp. Stwierdził, że brak możliwości zmiany treści oferty w tym trybie oznacza, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma charakter nieusuwalny. Stąd konieczne było odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Odnosząc się do zarzutu do oferty wygrywającej w zakresie zadania nr 1, złożonej przez konsorcjum firm Towarzystwo Akcyjne Telimena SA i PPHU STAMEX Stanisław Małachowski stwierdził, że odwołujący błędnie i bezpodstawnie twierdził, że oferta ta była niekompletna, ponieważ nie zawierała wzoru kamizelki damskiej. Zamawiający nie stwierdził tego braku w toku badania i oceny ofert. Również ponowne sprawdzenie tej oferty, po złożeniu odwołania, nie potwierdziło braku jakiegokolwiek wymaganego załącznika. Stwierdzono natomiast, że do oferty konsorcjum dołączono dwa identyczne egzemplarze kamizelki męskiej. Stąd zapewne wynikają błędne stwierdzenia odwołującego, który przeglądając zaskarżoną ofertę sfotografował dwie kamizelki męskie.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.**

**Odwołanie jest zasadne .**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp gdyż w razie uwzględnienia odwołania oferta odwołującego może zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Izba na wstępie dokonanych ustaleń stwierdza ,że brak jest uzasadnienia do przyjęcia stanowiska zamawiającego ,że odwołanie dotyczy tylko oferty z zadania nr 1. Z odwołania należy wywieść wniosek ,ze obejmuje ono swą dyspozycją stanowisko zamawiającego wobec części 1 i 4 oferty.

Izba stwierdziła nieskuteczność zgłoszonego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, przez Towarzystwo Akcyjne Telimena SA i PPHU STAMEX Stanisław Małachowski z powodu niezachowania terminu do zgłoszenia przystąpienia. W dniu 25 lipca 2011 r. wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie w formie faksu, natomiast w formie pisemnej wpłynęło 28 lipca 2011 r. Izba w oparciu o otrzymany zrzut z ekranu ze skrzynki podawczej stwierdziła , że w tym dniu w którym miało nastąpić zgłoszenie przystąpienia na elektroniczną skrzynkę podawczą UZP nie wpłynęło żadne pismo do KIO, od zgłaszającego przystąpienie. Tym samym podnoszony przez zgłaszającego przystąpienie argument o przesłaniu przystąpienia do KIO za pomocą elektronicznej skrzynki podawczej, nie potwierdził się.

Ponadto Izba uznała, że zgłoszony wniosek dowodowy o przesłuchanie świadka nie ma znaczenia dla wyniku sprawy, w zakresie w jakim miałyby nastąpić przesłuchanie świadka gdyż zebrany materiał dowodowy i przeprowadzona rozprawa dają wystarczające podstawy do wydania orzeczenia.

Za podstawę orzeczenia Izba przyjęła ustalony, na podstawie dokumentacji postępowania oraz stanowisk stron zaprezentowanych na rozprawie, następujący stan faktyczny: zamawiający ogłaszając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa ubiorów identyfikacyjnych” dopuścił składanie ofert częściowych, z zastrzeżeniem, że jeden wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę na jedną część. Odwołujący złożył oferty na 1 i 4 część przedmiotu zamówienia. Odwołujący dokonał wycień cen za jakie oferuje wykonanie części 1 i 4 zamówienia, dla każdej części oddzielnie podając cenę brutto i netto. Natomiast wypełniając załącznik nr 1A pn. Oferta-

wpisał w jednej pozycji kwotę łączną za zadanie nr 1 i 4. Tym samym nie dokonał wypełnienia tego załącznika dla każdej części oddzielnie. Takie wypełnienie załącznika 1A zdaniem zamawiającego wskazuje na fakt, że odwołujący złożył ofertę łączną na dwa zadania i tym samym popełnił błąd wskazując jedną cenę na dwie części zamówienia. Z tak sformułowanej oferty cenowej zamówienia, zdaniem zamawiającego wynika, że odwołujący ubiegał się łącznie o oba zamówienia, a nie każde oddzielnie. Oferowanie wykonania dwóch zadań za łączną kwotę doprowadziło do uznania przez zamawiającego iż złożona oferta ma charakter oferty wariantowej czego zamawiający w siwz nie dopuszczał. Ponadto zamawiający uznał, że tak złożona oferta jest niezgodna z siwz i nie nadaje się do poprawy w trybie art. 87 ust.1 i ust.2 pkt.3. Tym samym niezgodność treści oferty ze specyfikacją, jego zdaniem miała charakter nieusuwalny.

Odnośnie zarzutu niezgodności oferty Towarzystwa Akcyjnego Telimena SA i PPHU STAMEX Stanisław Małachowski z treścią siwz Izba ustaliła, że problem dotyczy braku, zdaniem odwołującego, dołączenia do tej oferty wzoru kamizelki damskiej o rozmiarze 40. Odwołujący twierdzi, że trzykrotnie zapoznawał się z treścią oferty konsorcjum i taka kamizelka nie została mu okazana. Na ten fakt nie przedstawił żadnego dowodu np. w postaci protokołu z zapoznawania się z treścią tej oferty. Zamawiający twierdzi, że taka kamizelka zawsze była w ofercie konsorcjum i na dowód tego zaprezentował ją na rozprawie.

Izba stwierdza, że zgodnie z art. 83 ust. 2 ustawy zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny. W takim przypadku wykonawca może złożyć oferty częściowe na jedną lub więcej części zamówienia, pod warunkiem że zamawiający nie ustali maksymalnej liczby części zamówienia, na które jeden wykonawca może złożyć oferty częściowe. Podkreślić należy jednak, że dopuszczone przez ustawodawcę, na mocy art. 83 ust. 2 ustawy, składanie ofert częściowych, nie stanowi podziału zamówienia w rozumieniu art. 32 ust. 2 ustawy. W przypadku opisanym w art. 83 ust. 2 ustawy mamy bowiem do czynienia z podziałem przedmiotu zamówienia na odrębne zadania w ramach jednego postępowania.

Niewątpliwym w sprawie jest fakt, że odwołujący w sposób nieprawidłowy wypełnił załącznik nr 1a do siwz, gdyż przy dopuszczeniu składania ofert częściowych, złożona oferta co do każdej z części, stanowi samodzielną ofertę w postępowaniu i niezależnie od tego na ile części zamówienia wykonawca składa oferty, to każda z nich stanowi samodzielną całość i winna być sporządzona zgodnie z wymogami siwz. Oferta co do każdej z części podlega takiemu samemu trybowi: oceny, wyjaśnienia niezgodności jej treści oraz poprawie omyłek, jak oferta obejmująca całe zamówienie. W przedmiotowej sprawie wycena danej części zamówienia, winna być przepisana do załącznika nr 1a czego odwołujący nie uczynił, ale to zdaniem Izby nie powoduje niemożności ustalenia ceny oferty w zakresie danej części. W



sprawie niewątpliwy jest fakt ,że wykonawca dokonał wyceny zarówno części 1 jak i części 4 oferty, podając cenę za każdą z części.

Fakt ten jednoznacznie umożliwił zamawiającemu dokonanie ustalenie ceny, za jaka odwołujący oferuje wykonanie zamówienia co do każdej z części. Ten fakt zdaniem Izby można poprawić w trybie poprawy omyłek o których mowa w art.87 ust.2 pkt.3 ustawy pzp. Jeśli zamawiający miał wątpliwość czy złożona oferta ma charakter oferty łącznej , tzn. czy odwołujący warunkuje realizację jednej części oferty, koniecznością wyborem jego oferty w zakresie drugiej części, to w tym zakresie miał nie tylko prawo ale i obowiązek wyjaśnić ten fakt z odwołującym w trybie art. 87 ust.1 pkt.1 ustawy pzp. Izba nie znajduje podstaw do uznania stanowiska zamawiającego ,że „*wyjaśnienie tej okoliczności po myśli odwołującego prowadziłoby do istotnej zmiany treści złożonej oferty, co stałoby w sprzeczności z treścią art.87ust.1*”. Trudno zdaniem Izby wskazać racjonalną podstawę do uznania że już samo wezwanie wykonawcy do wyjaśnień prowadzi do zmiany treści złożonej oferty. Odnośnie potrzeby wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień Izba wskazuje na ugruntowaną linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej z której wynika ,że zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych, zwłaszcza że przepis pozwala zamawiającemu na żądanie od wykonawców wyjaśnień wobec wszystkich elementów treści oferty, a nie tylko dotyczących jakichś szczególnych sformułowań. Wobec tego zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień co do treści złożonej oferty. Czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienia udzielone przez odwołującego w wyniku wezwania zamawiającego nie mogą być pominięte. Stanowią one oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą. Zamawiający dokonując czynności badania i oceny ofert nie może opierać się wyłącznie na formularzu oferty oraz formularzu cenowym, lecz winien poddać ocenie również całość oferty i złożone wyjaśnienia w kontekście zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami ustalonymi w treści siwz.

Uzyskane wyjaśnienia pozwoliłoby zamawiającemu dokonania poprawy treści załącznika nr 1 chociażby w ten sposób, że zostałyby wpisane oddzielnie ceny za każdą część zamówienia, czego zamawiający wprost w siwz nie zabraniał. Oczywiście jeśli zamawiający taką poprawę uznałby za konieczną

Takiej poprawie trudno nadać przymiot spowodowania istotnej zmiany w treści oferty. O istotnej zmianie treści oferty można byłoby mówić w okolicznościach, gdy poprawienie omyłki w istocie powodowałoby tak wiele zmian w odniesieniu do podstawowych kwestii przedmiotu zamówienia (tylko ten aspekt jest rozważany), że moglibyśmy mówić o nowej

ofercie, a nie o pewnej korekcie pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy. Należy stwierdzić, że poprawa każdej omyłki powoduje pewną zmianę treści oferty, ważne jest aby w danym konkretnym przypadku te zmiany nie powodowały istotnej zmiany w treści oferty.

Tym samym w przedmiotowej sprawie nie można stwierdzić sprzeczności treści oferty z treścią siwz. Zachodzi ona wówczas, gdy przedmiot zaofferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów - wyrok KIO 1105/08 Ciężar wykazania przesłanek odrzucenia oferty spoczywa na zamawiającym, jako wywodzącym skutek prawny ze swoich twierdzeń (art. 190 ust. 1 p.z.p.).

W tym zakresie również brak jest podstaw do stwierdzenia, że złożone przez odwołującego w tej formie oferty, są ofertą wariantową. Oferta wariantowa to taka oferta, która zawiera propozycje wykonania umowy odmienne od wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na przykład w zakresie rozwiązań technicznych czy rodzaju stosowanych materiałów. Składanie ofert wariantowych dopuszczalne jest tylko za zgodą zamawiającego. Nie oznacza to że w ofercie wariantowej przedstawia się różne warianty wykonania zamówienia. Dopuszczalny jest bowiem tylko jeden sposób wykonania zamówienia publicznego - odmienny niż określony przez zamawiającego, ale odpowiadający jego minimalnym warunkom. Tym samym złożonym przez odwołującego ofertom trudno nadać przymiot oferty wariantowej, z czego sam zamawiający wycofał się w trakcie rozprawy.

Wobec nie wyczerpania procedury wezwania odwołującego do wyjaśnień w trybie art.87 ust1 ustawy pzp czynność odrzucenia jego oferty była przedwczesna. Tym samym podniesiony zarzut zdaniem Izby zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie drugiego zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum firm: Towarzystwo Akcyjne Telimena S.A. oraz PPHU STAMEX Małachowski Stanisław w zakresie zadania nr 1 z powodu braku załączenia do oferty wzoru kamizelki damskiej o rozmiarze 40, to Izba stwierdza, że wobec sprzecznych w tym zakresie stanowisk stron należy uznać, że odwołujący nie wykazał za pomocą wiarygodnego dowodu, że taki fakt miał miejsce. Jak wynika z oświadczenia pełnomocnika odwołującego, odwołujący trzykrotnie zapoznawał się z treścią oferty konsorcjum. Zasadą jest, że z każdego takiego udostępniania oferty jednego wykonawcy innemu wykonawcy spisywany jest protokół czy notatka służbowa. Brak jest przeszkód prawnych aby w takiej notatce na żądanie wykonawcy wpisać spostrzeżenia czy uwagi do oferty przeglądanej, oczywiście bardzo ogólne. Tutaj dotyczyło to tylko ewentualnej wzmianki o braku kamizelki. Odwołujący żadnego takiego dowodu nie przedstawił. Tym samym z powodu nie wykazania dowodu bezpośredniego potwierdzającego tezę zarzutu, zarzut ten nie może być uwzględniony przez Izbę.

Postępowanie przed Izbą ma charakter całkowicie kontrydyczny, obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania.

Izba uwzględniając odwołanie nakazała zamawiającemu uchylenie czynności o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego. Przy ponownej ocenie ofert ,oferta odwołującego będzie poddana ocenie, czego dotychczas w stosunku do tej oferty, zamawiający nie uczynił.

Ponadto Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi część obrotu profesjonalnego obrotu gospodarczego. Od jego uczestników oczekuje się należytej staranności obejmującej znajomość obowiązującego prawa oraz skutków wynikających z przepisów ustawy pzp- wyrok KIO 739/10.

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, miało miejsce w zakresie odrzucenia oferty odwołującego.

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a i 2 ppkt.b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 .....**