

Sygn. akt: KIO 1069/17

POSTANOWIENIE
z dnia 07 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron **w dniu 07 czerwca 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 maja 2017 r.** przez wykonawcę **Fuchs Oil Corporation (PL) Sp. z o.o., ul. Kujawska 102, 44-101 Gliwice** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna 5.A., ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów**, adres do korespondencji: **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów, Kancelaria Ogólna pok. Nr 008, Biuro Realizacji Zakupów (PMR)**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Fuchs Oil Corporation (PL) Sp. z o.o., ul. Kujawska 102, 44-101 Gliwice** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Piotrkowie Trybunalskim.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa olejów i smarów na potrzeby Oddziałów PGE GiEK S.A. oraz Spółek nadzorowanych w latach 2017 - 2018”, nr postępowania: GEK/PMR-CSS/09490/2016, w Części zamówienia nr II: Dostawa olejów i smarów dla Oddziału KWB, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2017/S 042 - 0773304 z 01.03.2017 r., przez PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów, adres do korespondencji: PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów, Kancelaria Ogólna pok. Nr 008, Biuro Realizacji Zakupów (PMR) zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 17.05.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający pismem, znak PM/PMR.29-09490/771/2017, zatytułowanym „ZAWIADOMIENIE O ODRZUCENIU OFERTY” zawiadomił Fuchs Oil Corporation (PL) Sp. z o.o., ul. Kujawska 102, 44-101 Gliwice zwaną dalej: „Fuchs Oil Corporation (PL) Sp. z o.o.” albo „Odwołującym” o odrzuceniu oferty Odwołującego złożonej dla Części zamówienia nr II - Dostawa olejów i smarów dla Oddziału KWB na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”.

W dniu 29.05.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Fuchs Oil Corporation (PL) Sp. z o.o. wniosło odwołanie od czynności z 17.05.2017 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 29.05.2017 r. (faxem i e-mailem). Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „SIWZ” przez Zamawiającego należy rozumieć PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna SA, ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów lub Spółki nadzorowane, tj.: RAMB sp. z o.o., Piaski nr 2, 97-400 Bełchatów, Bestgum Polska sp. z o.o., ul. Św. Barbary 3, 97 - 427 Rogowiec, PTS „Betrans” sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 73, 97-400 Bełchatów i MEGAZEC sp. z o.o., ul. Energetyczna 6, 85-950 Bydgoszcz, odpowiednio dla każdej Części zamówienia w zakresie określonym w Formularzu Cenowo -Technicznym (Załącznik nr 1 do SIWZ). Ponieważ przedmiotowe zamówienie dotyczy Części zamówienia nr II: Dostawa olejów i smarów dla Oddziału KWB, to Zamawiającym jest PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. gdyż Oddział KWB (Kopalnia Węgla Brunatnego Bełchatów) to Oddział

PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. Przedmiotem zamówienia jest zakup olejów i smarów na potrzeby dwóch Oddziałów PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A.: KWT i KWB oraz czterech Spółek nadzorowanych: RAMB sp. z o.o., Bestgum Polska sp. z o.o., PTS „Betrans” sp. z o.o. i Megazec sp. z o.o. w latach 2017 - 2018, Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, parametry techniczne oraz ilości zawarto w Formularzu Cenowo - Technicznym stanowiącym Załącznik nr 1 i Załącznik nr 1a do SIWZ.

Przedmiot zamówienia został podzielony na sześć n/w Części:

1. Część zamówienia nr I: Dostawa olejów i smarów dla Oddziału KWT,
2. Część zamówienia nr II: Dostawa olejów i smarów dla Oddziału KWB,
3. Część zamówienia nr III: Dostawa olejów i smarów dla Spółki nadzorowanej RAMB sp. z o.o.,
4. Część zamówienia nr IV: Dostawa olejów dla Spółki nadzorowanej Bestgum Polska sp. z o.o.,
5. Część zamówienia nr V - Dostawa olejów i smarów dla Spółki nadzorowanej PTS „Betrans” sp. z o.o.,
6. Część zamówienia nr VI: Dostawa olejów i smarów dla Spółki nadzorowanej Megazec sp. z o.o.

Niniejsze odwołanie dotyczy Części zamówienia nr II: Dostawa olejów i smarów dla Oddziału KWB. Zamawiający pismem z dnia 17 maja 2017 r., znak PM/PMR.29-09490/771/2017, zatytułowanym „ZAWIADOMIENIE O ODRZUCENIU OFERTY” zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu oferty Odwołującego złożonej dla Części zamówienia nr II - Dostawa olejów i smarów dla Oddziału KWB. Zatem niniejsze odwołanie wnoszone jest z zachowaniem dziesięciodniowego terminu, określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 Pzp, Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone na następujące czynności Zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku postępowania w Części zamówienia nr II: Dostawa olejów i smarów dla Oddziału KWB, a polegające na:

- a) odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
- b) zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oraz zaniechaniu poprawienia „innej omyłki” w ofercie Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp,
- c) zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, względnie na zaniechaniu zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej, jeżeli zostały złożone co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu dla Części zamówienia nr II: Dostawa olejów i smarów dla Oddziału KWB. Przez opisane wyżej czynności i zaniechania Zamawiający dopuścił się w Części zamówienia nr II: Dostawa olejów i smarów

dla Oddziału KWB naruszenia przepisów prawa wskazanych bezpośrednio poniżej oraz w uzasadnieniu odwołania:

a) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że Zamawiający powinien poprawić w ofercie Odwołującego inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty;

b) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty oraz poprzez zaniechanie poprawienia „innej omyłki” w ofercie Odwołującego;

c) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Części zamówienia nr II: Dostawa olejów i smarów dla Oddziału KWB, względnie art. 7 ust. 1 Pzp i art. 91b ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej, jeżeli zostały złożone co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu dla Części zamówienia nr II: Dostawa olejów i smarów dla Oddziału KWB. W związku z opisanymi naruszeniami oraz zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu w Części zamówienia nr II: Dostawa olejów i smarów dla Oddziału KWB:

a) unieważnienia czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla Części zamówienia nr II: Dostawa olejów i smarów dla Oddziału KWB (o ile została już dokonana czynność przeprowadzenia aukcji elektronicznej lub wyboru oferty najkorzystniejszej dla Części zamówienia nr II: Dostawa olejów i smarów dla Oddziału KWB),

b) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

c) dokonania czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

d) wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oraz poprawienia „innej omyłki” w ofercie Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp,

e) dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej dla Części zamówienia nr II: Dostawa olejów i smarów dla Oddziału KWB, względnie zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej, jeżeli zostały złożone co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu dla Części zamówienia nr II: Dostawa olejów i smarów dla Oddziału KWB.

I . Odnośnie zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że Zamawiający powinien poprawić w ofercie Odwołującego inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, oraz odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty oraz poprzez zaniechanie poprawienia „innej omyłki” w ofercie Odwołującego, należy stwierdzić co następuje. Jak wynika z pisma Zamawiającego z 17.05.2017 r., stanowiącego zawiadomienie o odrzuceniu oferty, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z następujących powodów: „Uzasadnienie faktyczne: Wykonawca Fuchs OH Corporation sp. z o.o. złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu do dnia 21.04.2017 r. do godziny 12:00 (termin składania ofert) na wszystkie Części zamówienia. Oferta składała się m.in. z Formularza Cenowo - Technicznego, zawierającego wszystkie informacje określone we wzorze stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. W wyniku badania oferty stwierdzono, że Formularz Cenowo - Techniczny - Część nr 2 oleje i smary KWB zawiera w niektórych pozycjach inny rodzaj i wielkość opakowań od tych które określił Zamawiający, tj.:

dla poz. 9 - Półsyntetyczny olej silnikowy do silników dwusuwowych, Zamawiający określił rodzaj i wielkość opakowania takie jak: pojemnik o pojemności 1 lub 2 litra. Wykonawca dla poz. 9 zaoferował wielkość opakowania 205 l

dla poz. 11 - Olej silnikowy Stihl HP lub równoważny, Zamawiający określił rodzaj i wielkość opakowania takie jak: pojemnik o pojemności 1 litra. Wykonawca dla poz. 11 zaoferował wielkość opakowania 205l.

dla poz. 12 - Mineralny olej do silników czterosuwowych z zapłonem iskrowym, chłodzonych powietrzem, Zamawiający określił rodzaj i wielkość opakowania takie jak: Pojemnik o pojemności 1 lub 2 litrów. Wykonawca dla poz. 12 zaoferował wielkość opakowania 205 l.

dla poz. 13 - Wielosezonowy olej przekładniowy do skrzyń przekładniowych pojazdów samochodowych oraz sprzętu budowlanego i technologicznego, Zamawiający określił rodzaj i wielkość opakowania takie jak: cysterna-luz od 10m3 do 20m3. Wykonawca dla poz. 13 zaoferował wielkość opakowania 205l.

dla poz. 15 - Syntetyczny olej przekładniowy do skrzyń przekładniowych pojazdów samochodowych oraz sprzętu budowlanego i technologicznego, Zamawiający określił rodzaj i wielkość opakowania takie jak: pojemnik o pojemności 50+60 litrów. Wykonawca dla poz. 15 zaoferował wielkość opakowania 205l.

dla poz. 17- Olej przekładniowy przemysłowy do przekładni zębatych dużych mocy zawierający związki siarkowo-fosforowe (typu SP), Zamawiający określił rodzaj i wielkość

opakowania takie jak: cysterna-luz od 10m³ do 20m³. Wykonawca dla poz. 17 zaoferował wielkość opakowania 205l.

dla poz. 18 - Olej przekładniowy przemysłowy do przekładni zębatych dużych mocy pracujących w ekstremalnych temperaturach, Zamawiający określił rodzaj i wielkość opakowania takie jak: beczka o pojemności 20-60 litrów. Wykonawca dla poz. 18 zaoferował wielkość opakowania 205l.

dla poz. 20 - Olej Przek. Ambra TRX 80W/140 lub równoważny, Zamawiający określił rodzaj i wielkość opakowania takie jak: pojemnik o pojemności 20 litrów. Wykonawca dla poz. 20 zaoferował wielkość opakowania 205l.

dla poz. 22 - Olej przekładniowy przemysłowy do przekładni zębatych dużych mocy zawierający związki siarkowo-fosforowe (typu SP), Zamawiający określił rodzaj i wielkość opakowania takie jak: cysterna-luz od 10m³ do 20m³. Wykonawca dla poz. 22 zaoferował wielkość opakowania 205l.

dla poz. 24 - Olej hydrauliczny do układów hydraulicznych maszyn górniczych, sprzętu budowlanego i technologicznego oraz pojazdów samochodowych, Zamawiający określił rodzaj i wielkość opakowania takie jak: cysterna-luz od 7m³ do 10m³. Wykonawca dla poz. 24 zaoferował wielkość opakowania 205l."

Jak wynika z powyższego jedyną i wyłączną podstawą odrzucenia oferty Odwołującego było zaoferowanie w niektórych pozycjach Formularza Cenowo — Technicznego innego rodzaju i wielkości opakowań od tych, które określił Zamawiający. Zamawiający nie zakwestionował natomiast konkretnych rodzajów olejów zaoferowanych mu w ww. pozycjach Formularza Cenowo - Technicznego, w szczególności nie podniósł, iż oleje te nie spełniają wymagań SIWZ, nie zakwestionował również konkretnych ilości olejów zaoferowanych mu w ww. pozycjach Formularza Cenowo - Technicznego, w szczególności nie podniósł, iż olei tych zaoferowano za mało bądź za dużo. Odwołujący przyznał, że w ww. pozycjach Formularza Cenowo - Technicznego zaoferował opakowania inne niż te wskazane przez Zamawiającego w SIWZ. Powyższe wynika wyłącznie z omyłki, którą popełnił Odwołujący podczas wypełniania Formularza Cenowo — Technicznego, polegającej na omyłkowym przekopiowaniu do ww. pozycji Formularza Cenowo - Technicznego sformułowania „205 l”. Jednak omyłka ta jak najbardziej nadaje się do poprawienia w trybie określonym w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z jednolitą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, skoro na Zamawiającym spoczywa obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia, to nie może on wykluczyć wykonawcy, czy odrzucić jego oferty bez skorzystania z pełnego wachlarza procedur sanacyjnych jakie przewiduje Pzp. Podstawowymi w zaistniałej sytuacji narzędziami bezwzględnie koniecznymi do zastosowania, zdaniem Odwołującego, były

wezwanie do wyjaśnienia treści oferty oraz skorzystanie z możliwości poprawienia oferty w trybie „innej omyłki”. Dlatego też w sytuacji, w jakiej znalazł się Zamawiający, regulacja art. 87 ust. 1 Pzp powinna być rozpatrywana w kategoriach obowiązku Zamawiającego, gdyż tylko wtedy można by mówić, że postępowanie jest prowadzone w sposób staranny i należyty. Przywołał wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 105/17.

W ocenie Odwołującego nie budzi wątpliwości, że z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Poprawa omyłek popełnionych przez Odwołującego w żaden sposób nie doprowadzi do zniekształcenia jego woli w zakresie istotnej części jego oferty, wręcz przeciwnie, będzie stanowić wyłączenie korektę błędnego przejawu owej woli. Co więcej, poprawa omyłek popełnionych przez Odwołującego w żaden sposób nie będzie dotyczyć tak istotnych elementów jego oferty jak rodzaj zaoferowanego oleju, jego ilość, cena jednostkowa, wartość czy cena za całą Część zamówienia nr II: Dostawa olejów i smarów dla Oddziału KWB, gdyż wszystkie te elementy zostały podane w ofercie poprawnie i zgodnie z SIWZ. Zmianie ulegnie jedynie informacja co do opakowań w niektórych pozycjach Formularza Cenowo — Technicznego. Przywołał wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 543/15; KIO 544/15; KIO 553/15.

Odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy wskazać trzeba, iż zmiany będące skutkiem poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego zestawione z całością treści oferty i przedmiotu zamówienia nie będą miały charakteru istotnego. Jak to już podniesiono powyżej poprawa omyłek popełnionych przez Odwołującego w żaden sposób nie będzie dotyczyć tak istotnych elementów jego oferty jak rodzaj zaoferowanego oleju, jego ilość, cena jednostkowa, wartość czy cena za całą Część zamówienia nr II: Dostawa olejów i smarów dla Oddziału KWB - elementy te nie ulegną zmianie. Co więcej, zarówno z nazwy przedmiotowego zamówienia jak i z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że przedmiotem zamówienia jest dostawa (zakup) olejów i smarów, a nie dostawa (zakup) opakowań na oleje. Ponadto w Załączniku nr 5 do SIWZ - projekt Umowy, w § 5., Zamawiający wskazał, że: *„4. Koszty dostarczenia Produktów, odbioru opakowań zwrotnych i ubezpieczenia na czas przewozu obciążają Wykonawcę. (...)*
6. Wykonawca dostarczał będzie Produkty w opakowaniach zwrotnych producenta typu: beczki, mauzery, drumsy - jeżeli dotyczy danego Produktu. Odbiór opakowań zwrotnych leży do stronie Wykonawcy.”

Zamawiający nabywa zatem wyłącznie oleje a nie ich opakowania, co więcej, odbiór tych opakowań i związany z tym koszt leży po stronie wykonawcy. Nie sposób przyjąć zatem, że poprawienie przez Zamawiającego omyłek dotyczących opakowań w niektórych pozycjach Formularza Cenowo - Technicznego będzie stanowić istotną zmianę w treści oferty Odwołującego.

Nie sposób też pominąć, że z treści oferty Odwołującego jednoznacznie wynika zamiar zaoferowania opakowań zgodnych z wymaganiami SIWZ. Mianowicie we wszystkich ww. pozycjach Formularza Cenowo — Technicznego, w kolumnie 16 oznaczonej: „Opis oferowanego produktu lub potwierdzenie spełnienia wszystkich wymogów Zamawiającego wskazanych w kolumnach od 3 do 7 (od C do G).” Odwołujący konsekwentnie stwierdził, że: „SPEŁNIA”. Wymogi dotyczące opakowań olejów zostały zamieszczone w kolumnie 4, zatem ww. potwierdzenie spełnienia wymogów Zamawiającego dotyczyło również i tych wymogów. Odwołujący zatem jednoznacznie zadeklarował, że oferuje Zamawiającemu oleje w opakowaniach spełniających wymagania określone w kolumnie 4. a jedynie omyłkowo w niektórych pozycjach Formularza Cenowo — Technicznego wskazał opakowania inne niż te wskazane przez Zamawiającego w SIWZ. Korektę błędnego przejawu woli Odwołującego umożliwia jednak art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, którego zastosowanie w tym przypadku było obowiązkiem Zamawiającego.

Wskazać również trzeba, że nie jest żadną przeszkodą do poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego to, że w niektórych z ww. pozycji Formularza Cenowo - Technicznego Zamawiający przewidział przedziały co do dopuszczalnej wielkości opakowań, np. dla poz. 9 - pojemnik o pojemności 1 lub 2 litra, czy dla poz. 18 - beczka o pojemności 20-60 litrów. W takim bowiem wypadku Zamawiający winien zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp a następnie skorzystać z uzyskanych wyjaśnień i dokonać poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Powyższe stanowisko Odwołującego ma pełne oparcie w orzecznictwie KIO. Tytułem przykładu Odwołujący pragnie wskazać na stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 7 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 140/13. W rozpatrywanej wówczas sprawie zamawiający stwierdził, że odwołujący się wykonawca złożył dwa sprzeczne ze sobą oświadczenia woli składające się na treść oferty, a dotyczące pod wykonawstwa, i na tej podstawie odrzucił jego ofertę. Odwołujący podkreślił, że również w jego ofercie wskutek popełnienia omyłki zaistniała wewnętrzna sprzeczność. Z jednej strony Odwołujący w sposób ogólny potwierdził w Formularzu Cenowo - Technicznym, że zaoferowane przez niego oleje spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego wskazane w kolumnach od 3 do 7, czyli także wymagania co do opakowań wskazane w kolumnie 4, z drugiej strony omyłkowo w niektórych pozycjach Formularza Cenowo - Technicznego wskazał opakowania inne niż te wskazane przez Zamawiającego w SIWZ. Usunięcie tej wewnętrznej sprzeczności nie będzie zatem stanowić niedopuszczalnych negocjacji, ale wyłącznie korektę błędnego przejawu woli Odwołującego.

Trzeba też podkreślić, że stanowisko, iż brak jest przeszkód prawnych dla poprzedzenia poprawy „innych omyłek” żądaniem złożenia przez wykonawcę wyjaśnień co do treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, zostało wyrażone w szeregu innych

orzeczeń KIO, m.in. w wyroku KIO z 30 marca 2016 r., sygn. akt: KIO 391/16, wyroku z dnia 8 października 2014 r., sygn. akt: KIO 1959/14, wyroku z dnia 23 października 2012 r., sygn. akt: KIO 2161/12 czy wyroku z dnia 20 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 42/12.

Generalnie z orzecznictwa KIO wynika, że poprawienie oferty nie może *de facto* stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji (tak np. wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2010 r. o sygn. akt KIO 1127/10, wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2013 r. o sygn. akt KIO 2813/12). Odwołujący podkreśla zatem, że w przedmiotowej sprawie nie będziemy mieli do czynienia z taką sytuacją. 2 oferty Odwołującego wynika bowiem w sposób jednoznaczny zamiar zaoferowania Zamawiającemu opakowań spełniających wymagania SIWZ. Poprawienie omyłek w ofercie Odwołującego nie będzie zatem wytworzeniem nowego i odmiennego oświadczenia woli, ale jedynie skorygowaniem błędnego przejawu woli Odwołującego i to jeszcze co do kwestii, której nie sposób uznać za istotny element oferty. Podsumowując, wskazał na wyrok z dnia 28 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1445/14.

II. Odnośnie zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp i art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Części zamówienia nr II: Dostawa olejów i smarów dla Oddziału KWB, względnie naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp i art. 91b ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej, jeżeli zostały złożone co najmniej 2 oferty nie podlegające odrzuceniu dla Części zamówienia nr II: Dostawa olejów i smarów dla Oddziału KWB, należy stwierdzić co następuje. Powyższy zarzut stanowi konsekwencję zarzutów podniesionych powyżej. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami Pzp i nie odrzucił oferty Odwołującego, to albo powinien dokonać jej wyboru jako najkorzystniejszej oferty, albo, jeżeli zostały złożone co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu dla Części zamówienia nr II: Dostawa olejów i smarów dla Oddziału KWB, powinien zaprosić Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej. Żadne inne rozwiązanie, ze względu na przewidzenie przez Zamawiającego w SIWZ, w Rozdziale 14, aukcji elektronicznej, jeżeli zostaną złożone co najmniej 2 Oferty niepodlegające odrzuceniu dla danej Części zamówienia, nie wchodzi w rachubę.

Zamawiający w dniu 30.05.2017 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenia przystąpień nie miały miejsca.

W dniu 05.06.2017 r. (e-mailem), a 07.06.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie

art. 186 ust. 1 Pzp, odpowieź na odwołanie, w której uwzględnił w całości odwołanie. Jednocześnie poinformował, iż unieważnił czynność odrzucenia oferty w postępowaniu dla Części II zamówienia nr II – Dostawa olejów i smarów dla Oddziału KWB, w oparciu o art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp oraz powtórzy badanie oferty Spółki, z uwzględnieniem wyjaśnień złożonych przez Spółkę w piśmie nr Ldz. 2069/2017 z dnia 24.05.2017 r. Niniejsza odpowiedź została podpisana przez z-ce Dyrektora Departament Zakupów D. S. .

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 1069/17 na – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 Pzp oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp - należało umorzyć, na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964 oraz Dz. U. z 2017 r., poz.14) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....