

Sygn. akt: KIO/UZP 721/09

WYROK
z dnia 26 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Luiza Łamejko

Ewa Jankowska

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **PHU Portal Sp. z o.o., 80-041 Gdańsk, ul. Strzelców Karpackich 6a/15** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jednostkę Wojskową 1300, 83-001 Pruszcz Gdański, ul. Powstańców Warszawy** protestu z dnia 25 maja 2009 r.¹

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Jednostkę Wojskową 1300, 83-001 Pruszcz Gdański, ul. Powstańców Warszawy

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **PHU Portal Sp. z o.o., 80-041 Gdańsk, ul. Strzelców Karpackich 6a/15,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **5 399 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) przez **Jednostkę Wojskową 1300, 83-001 Pruszcz Gdański, ul. Powstańców Warszawy** na rzecz **PHU Portal Sp. z o.o., 80-041 Gdańsk, ul. Strzelców Karpackich 6a/15**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów stawiennictwa na posiedzeniu,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **2 926 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **PHU Portal Sp. z o.o., 80-041 Gdańsk, ul. Strzelców Karpackich 6a/15**.

Uzasadnienie

Postępowanie

Zamawiający, Jednostka Wojskowa 1300 w Pruszczu Gdańskim, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę materiałów eksploatacyjnych do maszyn biurowych dla Jednostki Wojskowej 1300 Pruszcz Gdański (nr sprawy: 2/LĄCZ/1300/09)

Czynność oprotestowana

W dniu 18.05.2009 r. zamawiający poinformował wykonawcę, Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "PORTAL" Sp. z o.o. z Gdańska, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na fakt, iż pomimo dokonanej w trakcie postępowania modyfikacji SIWZ (zmiana zapisu poz. 65 i 66 przedmiotu zamówienia) w złożonej ofercie nie uwzględniono powyższych zmian. Ponadto zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp – cena wybranej oferty, tj. najkorzystniejszej z ofert

pozostających w postępowaniu, przekraczała kwotę, którą mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Protest

W dniu 25.05.2009 r. wykonawca wniósł protest na ww. czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy,

Protestujący wniósł o powtórzenie oceny ofert w postępowaniu, w związku z niezasadnym odrzuceniem jego oferty, w następstwie czego unieważniono postępowanie.

W uzasadnieniu protestu podniesiono:

„

P.H.U. PORTAL Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku pismem z dnia 18 maja 2009 r został poinformowany przez Zamawiającego - Jednostkę Wojskową 1300, że odrzucono jego ofertę na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp , w uzasadnieniu podając iż *„w trakcie postępowania o zamówienie publiczne zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ (zmiana zapisu poz. 65 i 66 przedmiotu zamówienia Państwo w złożonej przez siebie ofercie nie uwzględniłście powyższych zmian -w związku z powyższym oferta jest niezgodna z SIWZ”*.

Prawdą jest, że Zamawiający w piśmie z dnia 29 kwietnia 2009r , udzielając odpowiedzi na pytanie, dokonał zmiany zapisów w SIWZ, bowiem w pierwotnej wersji podał pojemności błędnie, odwrotnie, które nie występują w obrocie handlowym. W związku z dokonaną zmianą zapisów SIWZ (przemieszczenie zamiennie pojemności pomiędzy poz. 65 i 66) Zamawiający wskazał, że *„w związku z powyższym prosimy o naniesienie powyższych zmian w SIWZ i uwzględnienie ich w złożonych ofertach.”*. Protestujący oświadcza, że uwzględnił wprowadzone zmiany dla wyceny materiałów w poz. 65 -12ml i poz. 66 -16ml.

Stwierdzić należy, iż Zamawiający w wyniku wprowadzonej zmiany opisu przedmiotu zamówienia nie nakazał bezwarunkowo wykonawcom dokonania zmian w opisie oferowanych produktów (w ofercie), a jedynie je uwzględnić do sporządzenia oferty. Brak precyzji w tym wypadku nie może obciążać wykonawców. Potwierdza to również wyrok KIO 280/07.

Natomiast jako wykonawca mamy świadomość tego, że Zamawiający będzie wymagał przedmiotu zamówienia, opisanego po wprowadzeniu modyfikacji, na etapie odbioru towaru.

Zgodnie z postanowieniami kodeksu cywilnego oferta jest oświadczeniem woli zawarcia umowy (art. 66 ust. 1 k.c.), a treść oferty należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których została złożona, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje (art. 65 § 1 k.c.).

Jeżeli chodzi o okoliczności, w których składana jest oferta, to oferta została złożona przez protestującego w odpowiedzi na zaproszenie do jej złożenia, wystosowane przez Zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający w treści SIWZ określił w szczególności przedmiot zamówienia, warunki przyszłej umowy i zaprosił wykonawców do złożenia ofert określających pozostałe, niezdefiniowane warunki realizacji zamówienia, w szczególności cenę. Celem złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez wykonawcę jest uzyskanie tego zamówienia, a następnie jego wykonanie. Świadczy o tym nie tylko sam fakt złożenia oferty, ale także złożenie przez wykonawcę oświadczenia (na formularzu oferty) o treści: „Odpowiadając na zaproszenie do wzięcia udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę materiałów eksploatacyjnych do maszyn biurowych dla Jednostki Wojskowej 1300 Pruszcz Gdański, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, oferujemy wykonanie dostaw będących przedmiotem zamówienia za cenę: ...”

Oferta protestującego nie jest więc oświadczeniem woli złożonym *in abstracto*. Jest to oświadczenie złożone w określonych okolicznościach i w bardzo konkretnym celu, jego treścią jest wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w SIWZ.

Zdaniem Zamawiającego, wykonawca popełnił w ofercie błąd. Błąd, który wynika z ludzkiej ułomności, nie zrozumienia sensu, znaczenia zapisu, cyt. : *"w związku z powyższym prosimy o naniesienie powyższych zmian w SIWZ i uwzględnienie ich w złożonych ofertach."*, bowiem wykonawca rozdzielił znaczenie :SIWZ od znaczenia słowa: oferta. W świetle powyższego jest to błąd, który nie niesie ze sobą żadnych negatywnych skutków dla merytorycznej i ekonomicznej wartości oferty oraz jej atrakcyjności dla Zamawiającego.

Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp daje Zamawiającemu możliwość poprawienia w ofercie innych omyłek, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Orzecznictwo (KIO/UZP 21/09, 38/09, 41/09, 59/09) jak i Komentarz Prawo Zamówień Publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. (s.118), wydany przez Urząd Zamówień Publicznych, wskazuje na to, że można poprawiać omyłkę, która ma taki charakter, by czynności jej poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności.

Stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty protestującego z SIWZ ma charakter omyłki i poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w ofercie, a Zamawiający może ją dokonać samodzielnie z danych zawartych w SIWZ, jak i z danych podanych w piśmie z dnia 14 maja 2009 r. w którym wyjaśniamy jaki typ i model zaproponowaliśmy do poszczególnych pozycji, między innymi do poz. 65 i 66 gdzie są podane właściwe pojemności tuszy, zgodne z wymaganiami po modyfikacji.

Wobec powyższego Zamawiający ma prawo uznać, iż mimo, że w samym formularzu cenowym nie zapisano zmian, to jednak z treści pozostałych dokumentów i oświadczeń

złożonych w treści formularza oferty, jak i z treści SIWZ, wynika, iż ma podstawę do poprawienia w tym zakresie formularza cenowego w poz.65 i 66 , co więcej samo poprawienie nie stanowi ingerencji, np. wytworzenia oświadczenia woli o nowej treści, a tym bardziej nie stanowi istotnej zmiany postanowień oferty. Natomiast wyrażenie zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 daje Zamawiającemu pewność realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami.

”

Rozstrzygnięcie protestu

W dniu 29.05.2009 zamawiający ww. protest w całości oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu podniesiono:

”

W uzasadnieniu złożonego protestu przedstawicie Państwo (tu: protestujący – przyp. KIO) tezę, że popełniona przez Was pomyłka jest pomyłką, która to w aspekcie art. 87 ust. 2 pkt 3 „...daje zamawiającemu możliwość poprawienia...”.

Zamawiający zgadza się z faktem, że wprowadzenie do ustawy regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ma służyć - między innymi stworzeniu możliwości poprawienia jak najszerszego spektrum błędów popełnianych przez wykonawców, a tym samym „ratowaniu” ofert korzystnych cenowo - istnieją jednak granice stosowania tego przepisu. Wyjaśnieniem i interpretacją powyższego problemu zajęła się między innymi KIO w połączonych sprawach o sygnaturze KIO/UZP 157/09; 159/09 i 174/09. Wyrok w powyższych sprawach wskazuje, iż bezspornym jest, że wykonawca - identycznie jak i Państwo, nie uwzględnił zmian do SIWZ wniesionych przez zamawiającego, zatem treść oferty zawarta w formularzu cenowym wynika z faktu nie uwzględnienia modyfikacji treści SIWZ.

W Państwa przypadku różnice polegają na przemienności pojemności asortymentu w poz. 65 i 66 - i wskazują na złożenie oferty do specyfikacji o treści odmiennej od obowiązującej w dacie składania ofert. Powstałej rozbieżności zamawiający nie traktuje jako omyłki twierdząc, że nie każda niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może być uznana za efekt omyłki.

Zamawiający uważa, że w przedmiotowej sprawie Państwo nie zachowując należytej staranności zaniechaliście uwzględnienie zmian SIWZ przy składaniu ofert.

Jednocześnie uprzejmie informuję, że wszyscy pozostali Wykonawcy stosując zasadę należytej staranności - uwzględnili w złożonych ofertach przedmiotową zmianę. Dodatkowo przypominam, że Państwo - jako meliczni spośród grona Wykonawców (oprócz Państwa tylko wnoszący zapytanie) byliście powiadomieni o zaistniałej zmianie w podwójny sposób:

drogą internetową oraz imiennym powiadomieniem (fax z dnia 29.04.09 r. - którego to otrzymanie Państwo potwierdziliście) gdy tymczasem pozostali mogli nabyć tę informację tylko z naszej strony internetowej.

W związku z powyższym dziwi zamawiającego brak zachowania należytej staranności z Państwa strony.

W uzasadnieniu wniesionego protestu stwierdzacie Państwo, że „... Zamawiający w wyniku wprowadzonej zmiany opisu przedmiotu zamówienia nie nakazał bezwarunkowo wykonawcom dokonania zmian...

Uprzejmie zwracamy Państwu uwagę, że zamawiający żadnym przepisem ustawy nie jest zobligowany do powyższej czynności.

Przepis art. 38 ust. 4 jasno i wyraźnie określa wymagane czynności zamawiającego w tym zakresie: „... zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SIWZ. Dokonaną zmianę specyfikacji zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie, zamieszcza ją również na tej stronie”.

Jak Państwo więc widzą - nie ma tutaj mowy o „zobligowaniu zamawiającego do nakazania wykonawcom bezwarunkowego dokonania zmian, a tym samym Państwa zarzut jest chybiony.

Zamawiający - kierując się jednak zasadami współżycia społecznego (o których to Państwo nadmieniacie w innym miejscu) - dokonał zapisu „... w związku z powyższym prosimy o naniesienie powyższych zmian w SIWZ i uwzględnienie ich w złożonych ofertach”

Nie zrozumiałe dla zamawiającego są następujące Państwa stwierdzenia:

- „... nie nakazał bezwarunkowo wykonawcom dokonania zmian w opisie oferowanych produktów (w ofercie), a jedynie je uwzględnić do sporządzenia oferty.”

Czyżby to oznaczało, że zdaniem Państwa należy dokonać zmian w procesie sporządzania oferty, a nie w złożonej ofercie?

Proszę zwrócić uwagę, że zamawiający mówi „...o uwzględnieniu zmian w złożonej ofertach (traktowane jako czynność dokonana a nie w trakcie jej trwania)

- rozdzielenie „...znaczenia SIWZ od znaczenia słowa oferta”. Oczywiście, że znaczenie tych słów jest inne - nie mniej jednak oferta jest dokumentem ściśle związanym z SIWZ (wynikiem). Rozdzielenie tych dokumentów zawsze w efekcie może powodować ich niezgodności.

- stwierdzacie Państwo, że w swoim piśmie z dnia 14.05.2009 r podaliście prawidłowe zapisy oferty. Uprzejmie przypominamy, że zamawiający w swoim piśmie z dnia 11.05.2009 r.(którego to wynikiem było Państwa wzmiankowane pismo) prosi o podanie danych – uzupełnienie kolumny 3 formularza cenowego. Państwo natomiast w piśmie z dnia 14.05.2009 r. zmieniacie również zapisy w innych kolumnach - co w efekcie świadczy de

facto o złożeniu drugiej oferty. Nie ma możliwości zmiany treści oferty – oprócz ustawowych przypadków – po terminie jej złożenia.

Ciekawą sprawą jest stwierdzenie przez Państwa w piśmie z dnia 14.05.2009 r, że dane w nim zawarte są „... neutralne dla prowadzonego postępowania” (czyli bez znaczenia) – natomiast na zapisach tegoż pisma bazujecie Państwo w uzasadnieniu protestu.

”

Odwołanie

W dniu 01.06.2009 r. protestujący wniósł odwołanie od wyżej opisanego rozstrzygnięcia protestu, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w związku z odrzuceniem jego oferty,
2. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z unieważnieniem postępowania.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty,
3. powtórzenia czynności oceny ofert,
4. wybranie oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, ponieważ jego oferta ma najniższą cenę i jest niższa od kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia,
5. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem przedstawionym podczas rozprawy.

Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, że w przedmiotowym postępowaniu złożył ofertę zgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Według odwołującego zamawiający odrzucił jego ofertę naruszając normę prawną określoną art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, a to w konsekwencji doprowadziło do naruszenia normy prawnej wyrażonej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, gdyż Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie.

Uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. Złożona w postępowaniu przez P.H.U. PORTAL Sp. z o.o. oferta jest ofertą najtańszą cenową, mieszczącą się w kwocie, którą zamawiający może i zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W przypadku braku jej odrzucenia, nie zaszłaby przesłanka unieważnienia postępowania wymieniona w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, a oferta jako ważna i najkorzystniejsza podlegałaby wyborowi – wykonawca uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Przedstawiane na rozprawie przez zamawiającego, tezy o braku uszczerbku w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia po stronie odwołującego z powodu możliwości ubiegania się o zamówienie w postępowaniach, które zostaną wszczęte w przyszłości, nie zasługują na uwzględnienie. Interes prawny w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 pkt 2 ustawy przejawia się, doznaje uszczerbku oraz przede wszystkim może być sensownie rozpatrywany jedynie w konkretnym, toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jak wynika z ustaleń Izby, pierwotny tekst specyfikacji istotnych warunków zamówienia zakładał i wymagał w poz. 65 i 66 Zał. Nr 1 – przedmiot zamówienia oraz Zał. Nr 3 – formularz cenowy, dostawę:

65 – Wkład drukujący do drukarki typu Canon PIXMA IP 1800 (16 ml) – kolorowy (10 szt.)

66 – Wkład drukujący do drukarki typu Canon PIXMA IP 1800 (12 ml) – czarny (10 szt.)

Na skutek interwencji jednego z wykonawców wskazującego na nieprawidłowe (odwrotne) przyjęcie pojemności poszczególnych wkładów w ww. pozycjach, zamawiający przyznał się do błędu i dokonał odpowiedniej modyfikacji siwz. W dniu 29.04.2009 r. zamawiający poinformował, m.in. odwołującego, o modyfikacji siwz polegającej na zamianie podanych pojemności wkładów pomiędzy pozycjami opisu przedmiotu zamówienia: wkład czarny – 16 ml, wkład kolorowy – 12 ml. Oferta odwołującego została natomiast przygotowana i złożona z wykorzystaniem niezmienionego formularza cenowego, tj. podającego informację o dostawie 10 szt. wkładu czarnego o poj. 12 ml. i 10 szt. wkładu kolorowego o poj. 16 ml.

Strony nie kwestionują powyższych okoliczności faktycznych, wywodzą z nich jednak odmienne, opisane w stanie faktycznym niniejszego uzasadnienia, skutki prawne.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, który wywodzi, iż z treści pisma zamawiającego wprowadzającego ww. modyfikację siwz nie wynikał obowiązek uwzględnienia, czy też raczej odzwierciedlenia tych zmian w treści składanej oferty, a jedynie ich uwzględnienie w sensie faktycznym, tj. ich zaakceptowanie i przyjęcie do wyceny, o których ma świadczyć sam fakt złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu, czyli oświadczenia woli deklarującego wykonanie zamówienia zgodnie z siwz.

Nie deprecjonując zasad wykładni oświadczeń woli zawartych w przepisach Kodeksu cywilnego, a wskazywanych w proteście i znajdujących zastosowanie również do ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, Izba wskazuje, iż o zakresie zobowiązania wyrażonego w ofercie wykonawcy w pierwszej kolejności przesądza jego treść, której materialnym substratem jest pismo wykonawcy, przedstawiające np. w formie formularza ofertowego cenę, sposób wykonania czy inne warunki zobowiązania, które wykonawca podejmuje. Oferta odwołującego w zakresie oznaczenia pojemności tuszy odbiega od wymagań siwz. Z uwagi na powyższe, fakt niezgodności treści oferty odwołującego z siwz, w ocenie Izby nie budzi wątpliwości.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela jednak również stanowiska zamawiającego w przedmiocie braku możliwości wyeliminowania wyżej wskazanej niezgodności oferty z siwz na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Przeciwnie, powyższe jest w pełni dopuszczalne i możliwe, oraz przede wszystkim dla zamawiającego obligatoryjne.

Powoływany art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi o konieczności poprawienia przez zamawiającego innych niż pisarskie i rachunkowe omyłek wykonawcy polegających na niezgodności jego oferty z treścią siwz, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty.

Jak wynika z całości okoliczności sprawy (w tym okoliczności w których oświadczenie woli zostało złożone) wszystkie przesłanki zastosowania dyspozycji ww. przepisu zostały spełnione.

W pierwszej kolejności, co zostało już wskazane, stwierdzić należy, iż w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z niezgodnością oferty z treścią siwz (zamienienie pojemności wkładów w poz. 65 i 66 formularza cenowego).

Następnie, w ocenie Izby, nie zachodzą wątpliwości, iż niezgodność ta ma charakter omyłki, a nie świadomego oświadczenia woli wykonawcy oferującego zamawiającemu dostawę tuszy do drukarki Canon o pojemnościach nie występujących na rynku. Jak wynika z okoliczności sprawy, wykonawca nie zachowując należytej staranności (jak słusznie wskazał odwołujący w trakcie rozprawy w ślad za orzecznictwem Izby, stopień zawinienia omyłki dla zastosowania ww. przepisu nie ma znaczenia), czy to przez niewłaściwe zrozumienie intencji zamawiającego co do wymaganego sposobu sporządzenia oferty czy też przez zwykłe przeoczenie, nie uwzględnił i nie przygotował oferty na zmodyfikowanym w tym zakresie

formularzu cenowym pozostawiając w nim niewłaściwe wielkości pojemności wkładów (16 i 12 ml). Okoliczność, iż tusze do wskazanego typu drukarki Canon występują na rynku tylko w określonych pojemnościach właściwych dla ich rodzaju, Izba uznaje za udowodnioną na podstawie przedłożonego na rozprawie oświadczenia producenta wkładów oferowanych przez odwołującego oraz ogólnie dostępnych specyfikacji technicznych drukarek tego typu, do których można stosować jedynie tusze kolorowe o poj. 12 ml oraz wkłady czarne o poj. 16 ml. Fakt produkowania przez jakikolwiek podmiot rynkowy wkładów do określonego modelu drukarki, w której nie dają się zastosować, należy uznać za nieprawdopodobny.

Powyższe okoliczności jednoznacznie wskazują na rzeczywiste intencje wykonawcy i charakter omyłki w jego ofercie oraz determinują sposób jej poprawienia, które powinno zostać dokonane poprzez prostą zamianę oznaczeń pojemności wkładów pomiędzy wierszami 65 i 66 formularza cenowego.

Finalnie, w odniesieniu do przesłanek zastosowania powołanego przepisu, wskazać należy, iż poprawienie oferty we wskazanym wyżej zakresie, nawet abstrahując od niewielkiej wartości asortymentu oferowanego w pozycjach 65 i 66 oferty (poniżej 2% wartości zamówienia), nie będzie stanowiło istotnej zmiany w jej treści. W szczególności cena oraz zakres świadczenia pozostaną niezmienione – zamawiający wciąż otrzyma 10 szt. wkładów kolorowych oraz 10 szt. wkładów czarnych w tej samej cenie, tylko z podaniem ich prawidłowej, jedynie występującej na rynku, pojemności. Ponadto trudno w tego typu operacji, stanowiącej zastosowanie obowiązującej normy prawnej, dopatrzeć się jakichkolwiek negocjacji, co do treści oferty. Jedyne czynności jakie dokona w tym przypadku zamawiający, to poprawienie pojemności dla poszczególnych rodzajów tuszy (kolorowych i czarnych wskazanych w poz. 65 i 66 formularza cenowego załączonego do oferty) oraz zapytanie o zgodę wykonawcy na dokonanie poprawki – żadne negocjacje treści oferty czy jej istotne zmiany, co należy jeszcze raz podkreślić, w tym przypadku nie wystąpią.

W związku z powyższym Izba zwraca uwagę, iż dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy należy stosować z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 i w przypadku gdy zachodzą przesłanki zastosowania tego przepisu, dokonywać poprawienia treści oferty, a nie jej natychmiastowego odrzucenia. Tym samym za zasadne uznano nakazanie zamawiającemu przywrócenie oferty odwołującego do postępowania i jej ponowną ocenę z uwzględnieniem dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Izba wskazuje również, iż deklarowana w trakcie rozprawy troska o zachowanie zasady równego traktowania wykonawców oraz przejrzyste wydatkowanie środków publicznych, skądinąd godna pochwały, w przedmiotowej sprawie została przez zamawiającego błędnie pojęta. Zamawiający pomylił lub niewłaściwie wyeksponował główne cele ustawy oraz

powiązane z nimi cele wprowadzenia przepisów dotyczących poprawiania ofert. Przejrzystość prowadzonych postępowań, ich konkurencyjność oraz równe traktowanie wykonawców są zasadami służącymi do osiągnięcia naczelnego celu ustawy jakim jest racjonalne i sprawne wydatkowanie środków publicznych i przez pryzmat powyższego powinny być interpretowane.

W szczególności nie stanowi naruszenie zasad wyrażonych w ustawie stosowanie konkretnych jej przepisów (tu: art. 87 ust. 2 pkt 3). Równe traktowanie wykonawców przejawia się tutaj poprzez fakt, iż oferta każdego wykonawcy (nieistotne – jednego, dwóch czy wszystkich) zostanie poprawiona w przypadku wypełnienia dyspozycji adekwatnych przepisów, a nie poprzez nie poprawianie ofert w ogóle, z uwagi na fakt, iż dany błąd miał popełnić tylko jeden wykonawca, a inni, dochowując należytej staranności, danego typu błędów nie popełnili.

Wreszcie nie zaciemnia przejrzystości wydatkowania środków publicznych i nie budzi wątpliwości wybór oferty najkorzystniejszej/najtańszej, w stosunku do której należy zastosować możliwości sanacji przewidywane przez obowiązujące przepisy. Przeciwnie, to właśnie odrzucenie tego typu oferty z błahych powodów, powinno zostać ocenione w świetle ww. zasad negatywnie.

Reasumując, na podstawie przedstawionych wyżej ustaleń, Izba uznała za potwierdzone zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, którego zastosowanie było konsekwencją naruszenia wskazanych wcześniej przepisów.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1, 1a i 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty biletów kolejowych, czyli koszty dojazdu pełnomocników zamawiającego oraz ich noclegu w dniu poprzedzającym posiedzenie Izby, na podstawie faktur złożonych do akt sprawy – zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*