

WYROK

z dnia 28 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2011 r. przez wykonawcę **CONTROL PROCESS S.A. w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Świętochłowice z siedzibą w Świętochłowicach,**

przy udziale wykonawcy **SYNKRET S.A. w Bytomiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę CONTROL PROCESS S.A. w Krakowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę CONTROL PROCESS S.A. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołujący CONTROL PROCESS S.A. w Krakowie wniósł odwołanie od czynności zamawiającego Gmina Świętochłowice w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, roboty budowlane – „Budowa linii do segregacji odpadów komunalnych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na składowisku odpadów komunalnych w Świętochłowicach”.

Odwołujący wskazał czynności i zaniechania zamawiającego, które uznał za niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „ustawą”, w zakresie:

- 1) odrzucenia oferty odwołującego, z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej w skrócie „siwz”;
- 2) wyboru oferty wykonawcy SYNKRET S.A. w Bytomiu.

Zarzucił naruszenie przepisów ustawy:

- 1) art. 87 ust. 1 przez jego błędne niezastosowanie, polegające na zaniechaniu wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, na skutek błędnego przyjęcia, że nie można wyjaśniać w trybie postępowania rektyfikacyjnego rysunku linii technologicznej;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na odrzuceniu oferty, pomimo iż oferta odpowiadała treści siwz;
- 3) art. 91 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 przez błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na dokonaniu wyboru oferty wykonawcy SYNKRET S.A. w Bytomiu, pomimo tego, iż ofertą najkorzystniejszą była oferta odwołującego.

W zakresie żądań rozstrzygnięcia odwołania wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy SYNKRET S.A. w Bytomiu i odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w szczególności przez przyjęcie, że oferta odwołującego odpowiada treści siwz;
- 3) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący podniósł w obszernym uzasadnieniu odwołania, że zgodnie z żądaniem zamawiającego załączył do oferty rysunek linii technologicznej. Rysunek przewidywał odstępstwa od wymagań, jednakże w ocenie odwołującego, odstępstwa te powinny być wyjaśnione w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, tj. poprzez opisowe przedstawienie wprowadzenia zmian, mimo fakultatywności tego przepisu.

Przedstawił zarzuty zamawiającego i swoją ich ocenę:

- 1) „sito bębnowe - rzut z góry - nie odpowiada przekrojowi bocznemu. Z rysunku wynika, że spod sita frakcje kierowane będą do kontenerów, a część odsianej frakcji skierowana będzie do boksów przenośnikiem. Zamawiający wymagał wydzielenia na sicie jednej frakcji i skierowania jej w całości do boksów - a nie do dwóch kontenerów, co jest uwidocznione na rysunku zarówno na rzucie z góry jak i na przekroju bocznym. Ponadto, na przekroju bocznym nie jest wskazane umiejscowienie przenośnika do boksów, widać tylko 2 kontenery z lejami zsyłowymi z sita. Jednoczesne skierowanie dwóch frakcji spod sita (niezgodność ze specyfikacją - miało być jedna frakcja spod sita) do kontenerów (niezgodność ze specyfikacją - miało być do boksów) oraz na przenośnik, jest niemożliwe z punktu widzenia technologii. Przesypanie odsianej frakcji z pełnej długości sita na przenośnik usytuowany prostopadłe do sita jest niemożliwe”;
- 2) „przenośnik dodatkowy kierujący frakcją alternatywnie, do prasy belującej, co przedstawiono na rzucie z góry - brak możliwości technicznych takiego rozwiązania. Na przekroju bocznym dodatkowy przenośnik nie jest przedstawiony oraz niemożliwy do zastosowania w tym miejscu w oparciu o tak przedstawione rozwiązanie na przekroju bocznym”;
- 3) „na przekroju bocznym (oznaczonym jako B-B) nie wskazano umiejscowienia dodatkowego przenośnika frakcji balastowej na przenośnik do prasy.”
- 4) „usytuowanie murów oporowych w hali przyjęć odpadów opakowaniowych niezgodne z wymaganiami zamawiającego (str. 13 specyfikacji)”.

Ocena odwołującego:

- 1) wymagany w siwz przenośnik został wysowny i odpowiednio oznaczony na rysunku, co znajduje potwierdzenie w legendzie jako element 1-15 „Przenośnik taśmowy przesyłowy do boksów z opakowaniami”;
- 2) dodatkowy przenośnik do prasy belującej znalazł się w rysunku, na rzucie z góry, w pozycji 1-14 „Przenośnik taśmowy przesyłowy”;
- 3) na przekroju B-B nie wykazano umiejscowienia dodatkowego przenośnika frakcji balastowej na przenośnik do prasy belującej, gdyż zgodnie z przyjętą płaszczyzną przekroju, element ten nie powinien być widoczny na tym przekroju. Przedmiotowy przenośnik został oznaczony na rysunku jako element 1-14 „Przenośnik taśmowy przesyłowy”;
- 4) usytuowanie murów oporowych jest poglądowe i zgodne z wymaganiami, natomiast wykonanie murów z elementów przestawnych umożliwia łatwy i szybki demontaż.

Wskazał, że rysunek linii technologicznej jest zgodny z zakresem i ogólnymi wymaganiami technologicznymi oraz oferta odpowiada przedmiotowi zamówienia, zapewniając realizację zamówienia z uwzględnieniem opisanych przez zamawiającego zmian.

Konkludując, stwierdził, że brak było podstaw do odrzucenia oferty, z uwagi na fakt, iż zarówno oferta, jak i rysunek linii technologicznych odpowiadały treści siwz oraz, że zamawiający odrzucając

ofertę na skutek błędnego przyjęcia, że nie odpowiadała ona siwz, naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty i odpowiedzi na odwołanie, przedstawił szczegółowe stanowisko następująco.

Zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt III.6) inne dokumenty), jak również w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział 10 „Opis sposobu przygotowania oferty” - pkt 8), zamawiający wymagał od wykonawców załączenia do oferty rysunku linii technologicznej obejmującego planowane zmiany z uwzględnieniem parametrów hali określonych w projekcie budowlanym. Warunek nie był kwestionowany przez wykonawców.

Zamawiający załączył do projektu budowlanego rys. 2 (rozdział II) rzut i przekrój linii technologicznej do segregacji odpadów komunalnych i opakowanych. Opisując przedmiot zamówienia (rozdział 3 „Opis przedmiotu zamówienia”) str. 13, zamawiający wskazał, że na etapie realizacji przewiduje wprowadzić zmiany w ciągu technologicznym polegające na :

- 1) sito bębnowe posiadać będzie 2 frakcje po przesianiu, 1 sekcję przesiewającą na całej długości, wielkość oczek sita 0 80 mm, frakcja podsitowa 0-80 mm trafiać będzie na dodatkowy przenośnik skierowany do boksu oznaczonego w dokumentacji projektowej jako „Hala przyjęć odpadów opakowaniowych” - parametry techniczne przenośnika zbliżone do przenośników opisanych w specyfikacji,
- 2) dodatkowy przenośnik balastu, za kabiną sortowniczą, umożliwiający przekierowanie odpadów na przenośnik do prasy belującej oraz jak w dokumentacji projektowej do kontenerów ustawionych na końcu ciągu technologicznego,
- 3) prasa belująca dostosowana do belowania odpadów balastowych (komunalnych) powstających na końcu linii.

Ponadto, zamawiający określił, że boksy wewnątrz hali przeznaczone na odpady opakowaniowe będą zlikwidowane i w ich miejscu znajdować się będzie hala przyjęć odpadów opakowaniowych, gdzie należy przewidzieć ustawienie muru oporowego od strony przenośnika do belownicy oraz od strony miejsca odbioru zbelowanych odpadów (dopuszcza się zastosowanie murów oporowych z elementów przestawnych, zapewniających bezpieczeństwo pracy sprzętem załadowczym odpady opakowaniowe).

Projekt budowlany, rzut i przekrój linii technologicznej do segregacji odpadów komunalnych i opakowanych wraz z siwz został udostępniony wykonawcom. Na str. 14 siwz sformułowano wymóg dostarczenia wraz z ofertą rysunku linii technologicznej obejmującego planowane zmiany z uwzględnieniem parametrów hali określonych w projekcie budowlanym.

Zatem, zamawiający oczekiwał od wykonawców rysunku hali, tj. linii technologicznej sortowni odpadów sporządzonej na podstawie dokumentacji zamawiającego z uwzględnieniem

wymaganych zmian w ciągu technologicznym opisanych funkcjonalnie w siwz (str. 13).

Odwołujący załączył do oferty rysunek str. 161 oferty, który nie uwzględniał planowanych zmian zgodnie z opisem siwz, ponieważ:

- 1) sito bębnowe - rzut z góry - nie odpowiada przekrojowi bocznemu poniżej. Z rysunku wynika, że spod sita frakcje kierowane będą do kontenerów, a część odsianej frakcji skierowana będzie do boksu przenośnikiem. Zamawiający wymagał wydzielenia na sicie jednej frakcji i skierowania jej w całości do boksu - a nie do dwóch kontenerów, co jest uwidocznione na rysunku zarówno na rzucie z góry jak i na przekroju bocznym. Ponadto, na przekroju bocznym nie jest wskazane umiejscowienie przenośnika do boksu, widać tylko 2 kontenery z lejami zsyłowymi z sita. Jednoczesne skierowanie dwóch frakcji spod sita (niezgodność ze specyfikacją- miała być jedna frakcja spod sita) do kontenerów (niezgodność ze specyfikacją- miało być do boksu) oraz na przenośnik jest niemożliwe z punktu widzenia technologii. Przesypanie odsianej frakcji z pełnej długości sita na przenośnik usytuowany prostopadle do sita jest niemożliwe;
- 2) przenośnik dodatkowy kierujący frakcją alternatywnie, do prasy belującej, co przedstawiono na rzucie z góry - brak możliwości technicznych takiego rozwiązania. Na przekroju bocznym dodatkowy przenośnik nie jest przedstawiony oraz niemożliwy do zastosowania w tym miejscu w oparciu o tak przedstawione rozwiązanie na przekroju bocznym;
- 3) na przekroju bocznym (oznaczonym jako B-B) nie wskazano umiejscowienia dodatkowego przenośnika frakcji balastowej na przenośnik do prasy belującej;
- 4) usytuowanie murów oporowych w hali przyjęć odpadów opakowaniowych niezgodne z wymaganiami zamawiającego (str. 13 specyfikacji).

Zamawiający uznał, że rysunek wykonawcy odzwierciedla wyłącznie schemat rysunku pierwotnego załączonego do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w projekcie budowlanym rysunek 2 (rozdział II) rzut i przekrój linii technologicznej do segregacji odpadów. Ze względu na opisaną powyżej niezgodność proponowanych rozwiązań technologicznych i urządzeń, zamawiający stwierdził, że treść złożonej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wskazał, że na podstawie rysunku zamawiający oceniał zgodność treści oferty z treścią siwz. Podniósł, że rysunek linii technologicznej wobec treści specyfikacji, w tym wzoru przyszłej umowy – jest zakresem przyszłego zobowiązania wykonawcy. Uznał, że zaakceptowanie przez odwołującego bez zastrzeżeń specyfikacji oraz wzoru umowy, złożenie deklaracji o zgodności treści oferty z treścią specyfikacji, nie zwalnia

zamawiającego z weryfikacji zgodności zobowiązania wykonawcy ze specyfikacją we wszystkich jego aspektach, na podstawie całości treści oferty (wraz z załącznikami).

Podał, że użyte w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy sformułowania treści oferty i treści specyfikacji jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść specyfikacji to zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy. Treść oferty natomiast to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Podniósł, że z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy wynika, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Przepis ten obliguje zamawiającego do poprawienia omyłek w treści oferty, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności: stwierdzona niezgodność treści oferty ze specyfikacją ma charakter omyłki i poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, ponadto, omyłki winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Poprawienie oferty nie może stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią.

Podał, że rysunku linii technologicznej w zakresie stanowiącym treść oferty nie można również wyjaśniać w trybie art. 87 ust. 1 ustawy i w następstwie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, ewentualnie poprawić.

Stwierdził zatem, że w sprawie nie ma też zastosowania przepis art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy.

Wskazał również na brak możliwości wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia wadliwie sporządzonego rysunku linii technologicznej, gdyż przepis ten stanowi wyjątek od reguły pozostawienia oferty po upływie terminu składania ofert bez zmian (art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy stanowiący, że „Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści”).

Zatem, zamawiający zobowiązany jest ograniczyć się do żądania uzupełnienia dokumentów i oświadczeń z zakresu art. 25 ust. 1 ustawy określonych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U.

Nr 226, poz. 1817), co oznacza, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie może być zastosowany do zmiany treści oferty.

Na podstawie przedstawionego stanowiska uznał, że decyzja o odrzuceniu oferty odwołującego nie naruszyła przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ustawy.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił uczestnik postępowania SYNKRET S.A. w Bytomiu składając obszernie wyjaśnienia wykazujące niezgodność treści oferty odwołującego z treścią siwz.

Zarówno w stanowiskach stron, jak i uczestnika postępowania zostało przedstawione w sposób obszerny orzecznictwo Izby.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych - 2011 r., poz. 48240 z dnia 18 marca 2011 r.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, zatem odwołanie podlega rozpoznaniu w związku z przepisem art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy, wyłącznie w zakresie zarzutu odrzucenia oferty odwołującego, bez rozpoznania czynności zamawiającego dotyczących oceny pozostałych ofert.

Odwołujący legitymuje się interesem, w rozumieniu aktualnego brzmienia art. 179 ust. 1 ustawy, wnosząc odwołanie, gdyż złożył ofertę i w razie uznania zgodności jej treści z treścią siwz, odwołujący miałby szansę uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Rozpoznając zarzuty odwołującego dotyczące naruszenia przepisów:

- 1) art. 87 ust. 1 ustawy przez jego błędne niezastosowanie, polegające na zaniechaniu wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, na skutek błędnego przyjęcia, że nie można wyjaśniać w trybie postępowania rektyfikacyjnego rysunku linii technologicznej;
 - 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na odrzuceniu oferty, pomimo iż oferta odpowiadała treści siwz;
- art. 91 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na dokonaniu wyboru oferty wykonawcy SYNKRET S.A. w Bytomiu, pomimo tego, iż ofertą najkorzystniejszą była oferta odwołującego (ostatni zarzut związany z wyborem oferty nie podlega rozpoznaniu);

Izba uznała, iż odwołane nie zasługuje na uwzględnienie

Na rozprawie podczas szczegółowego omówienia rysunku odwołującego przedstawiającego linię technologiczną, potwierdzona została niezgodność treści oferty z treścią siwz, gdyż rysunek nie uwzględniał zmian przedstawionych w siwz str. 13 i 14.

Okazany rysunek przedstawiał linię technologiczną wraz z boksami wrysowaną w halę. Rysunek odwołującego został wykonany na podstawie rysunku pierwotnego, bez uwzględnienia zmian wynikających z siwz. Rysunek składa się z 3 rzutów: 1 górnego i 2 poprzecznych A-A i B-B.

Wykazano, że sito bębnowe - rzut z góry - nie odpowiada przekrojowi bocznemu A-A. Z rzutu przekroju bocznego wynika, że spod sita frakcje kierowane będą do kontenerów, a część odsianej frakcji skierowana będzie do boksu przenośnikiem. Wymóg zamawiającego polegał na wydzieleniu na sicie jednej frakcji i skierowania jej w całości do boksu - a nie do dwóch kontenerów, co zostało przedstawione na rzucie z góry jak i na przekroju bocznym. Na przekroju bocznym nie wskazano umiejscowienia przenośnika do boksu, widoczne są tylko 2 kontenery z lejami zsypowymi z sita. Jednoczesne skierowanie dwóch frakcji spod sita do kontenerów oraz na przenośnik, jest niemożliwe z punktu widzenia technologii. Niemożliwe jest przesypywanie odsianej frakcji z pełnej długości sita na przenośnik usytuowany prostopadle do sita.

Przenośnik dodatkowy kierujący frakcją alternatywnie, do prasy belującej, przedstawiony na rzucie z góry -rozwiązanie niemożliwe ze względów technicznych. Na przekroju bocznym dodatkowy przenośnik nie jest przedstawiony oraz niemożliwy do zastosowania w tym miejscu na podstawie przedstawionego rozwiązania na przekroju bocznym;

Na przekroju bocznym B-B) nie zostało wskazane umiejscowienie dodatkowego przenośnika frakcji balastowej na przenośnik do prasy belującej.

Niezgodne usytuowanie murów oporowych w hali przyjęć odpadów opakowaniowych. Boksy (górną prawą część-3 prostokąty), zgodnie z opisem siwz, podlegają likwidacji, a więc na rzucie górnym nie powinno być podziałów na poszczególne części. Przy eliminacji muru z lewej strony boksu, odpady byłyby w sposób dowolny przenoszone na przenośnik znajdujący się z lewej strony.

Ustalono, że wykazane różnice są istotne, wymagające złożenia nowego rysunku technicznego.

Pierwszym przepisem, w ocenie odwołującego, naruszonym w wyniku zaniechania czynności przez zamawiającego jest wskazany w odwołaniu art. 87 ust. 1 ustawy, który

stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Przepis ten umożliwiający zamawiającemu uzyskanie wyjaśnień co do treści oferty przez zamieszczony zwrot w jego treści „zamawiający może żądać” jednoznacznie określa, że zawarta regulacja jest uprawnieniem zamawiającego, nie zaś obowiązkiem. Przy takim brzmieniu przepisu wykonawca nie może domagać się by zamawiający żądał wyjaśnień, jako dokonania czynności obligatoryjnej. W związku z tym nie można postawić skutecznego zarzutu w odwołaniu wskazując naruszenie przepisu, skoro zamawiający nie skorzystał z uprawnienia. Należy podnieść, że przepis art. 180 ust. 1 ustawy stanowi, iż odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zatem odwołanie nie przysługuje od czynności bądź zaniechania zamawiającego, które wynikają z uprawnienia przyznanego mu na mocy ustawy. Z tego względu chybiony jest zarzut odwołującego o naruszeniu wskazanego przepisu przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty.

Na marginesie sprawy Izba wskazuje, że wyjaśnianie treści oferty nie może prowadzić do dokonania jakichkolwiek zmian w złożonej ofercie, nawet w sytuacji, gdy zmiany byłyby korzystne dla zamawiającego. Również w tym trybie nie jest możliwe uzupełnienie oferty. Po otwarciu ofert wykonawca pozbawiony jest możliwości jakiegokolwiek ingerencji w treść oferty.

Zamawiający zobowiązany jest przed odrzuceniem oferty, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, do poprawienia w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Z przepisu wynika, że wskazana czynność dokonywana jest wyłącznie w sytuacji stwierdzenia omyłki i o ile, poprawienie jej nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Po pierwsze, omyłka musi być oczywista, tj. taka, która przede wszystkim jest widoczna, niewątpliwa i powstała w sposób niezamierzony, po drugie, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Również możliwa do poprawienia przez zamawiającego bez udziału wykonawcy.

W zakresie istotności zmian w treści oferty orzekł m.in. Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt Ga 102/09, w którym stwierdził, że „1. Kwalifikator „istotnych zmian”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., należy odnosić do całości

treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. 2. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia”.

W wyroku z dnia 16 listopada 2009 r. sygn. akt XII Ga 317/09 również ten sam Sąd orzekł, że „dostarczenie nowych charakterystyk środków, a więc w rzeczywistości drogą podmiiany tego środka, bądź też uznanie zaoferowania środka nie spełniającego wymogu z projektu umowy jako omyłki podlegającej sprostowaniu w oparciu o dyspozycję z art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., stanowiłoby w tym konkretnym przypadku, naruszenie zasady uczciwej konkurencji (art. 7 p.z.p.), poprzez dopuszczenie do dowolnej modyfikacji wybranych jednostronnie przez zamawiającego ofert i wpływanie na ich treść, co wypaczało by całą istotę przedmiotowego przetargu.”

Dokonanie zmiany rysunku linii technologicznej stanowiącego podstawę techniczną oferty przez usunięcie pewnych elementów i w ich miejsce wprowadzenie nowych oraz naniesienie odpowiednich uzupełnień w miejscach, w których nie zawarto rozwiązań technologicznych, w ocenie Izby, nie kwalifikuje się do poprawienia jako omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, gdy w istocie jest to niezgodność treści oferty z treścią siwz. Zatem, zamawiający nie mógł również zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Niezgodność treści oferty z treścią siwz należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 k.c., czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia.

Niewątpliwie linia technologiczna będąca przedmiotem postępowania, przedstawiona graficznie w formie rysunku, stanowi część oferty, która określa zarówno zakres oferowanego świadczenia odpowiadającego oczekiwaniom zamawiającego, jak też zakres realizacji przyszłej umowy. Zatem trudno jest uznać, w świetle wykazanych niezgodności, że treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z tych względów Izba uznała, że zamawiający odrzucając ofertę odwołującego nie naruszył

przepisów art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, w zakresie dokonanej czynności i oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do jego wyniku oraz § 3 pkt 1 lit. a, § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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).

.....