

WYROK
z dnia 13 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2014 r. przez wykonawcę **Nowy Styl sp. z o.o. w Krośnie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Park Przemysłowy Łomża sp. z o.o. w Łomży**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, w tym poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany treści oferty polegającej na zastąpieniu cukiernicy o pojemności 200 ml – cukiernicą o pojemności 350 ml, oraz na zastąpieniu dzbanka do śmietany o pojemności 200 ml – dzbankiem do śmietany o pojemności 300 ml,**
2. **w pozostałym zakresie odwołanie oddala,**
3. kosztami postępowania obciąża **Park Przemysłowy Łomża sp. z o.o. w Łomży** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Nowy Styl sp. z o.o. w Krośnie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od **Parku Przemysłowego Łomża sp. z o.o. w Łomży** na rzecz wykonawcy **Nowy Styl sp. z o.o. w Krośnie** kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łomży**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Park Przemysłowy Łomża sp. z o.o. w Łomży - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „budowa Parku przemysłowego – I etap – wyłonienie dostawcy wyposażenia inkubatora”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 października 2014 r., nr 2014/S 202-356801.

W dniu 12 grudnia 2014 r. zamawiający, za pośrednictwem faksu, zawiadomił wykonawcę Nowy Styl sp. z o.o. w Krośnie, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu złożonej przez niego oferty a także o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia z powodu braku ofert niepodlegających odrzuceniu.

Wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego,
- 2) zaniechania przez zamawiającego czynności poprawienia omyłki w treści oferty odwołującego,

odwołujący wniósł w dniu 22 grudnia 2014 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, iż oferta odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, przez brak poprawienia omyłek w ofercie odwołującego, które stały się podstawą odrzucenia jego oferty,
- 3) przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, z uwagi na nadmierny formalizm postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

- 4) dokonania czynności poprawienia omyłek w ofercie odwołującego, względnie nakazanie zamawiającemu poprzedzenia czynności poprawienia omyłek w ofercie odwołującego wezwaniem odwołującego do wyjaśnienia treści oferty,
- 5) dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający w pozycji 17 załącznika nr 9 do SIWZ „Szczegółowa specyfikacja techniczna dodatkowego wyposażenia”, wymagał dostarczenia zestawu kawowego, w skład którego wchodził m.in. mlecznik o pojemności 220-400 ml oraz cukiernica również o pojemności 220-400 ml. Dodatkowo, zgodnie z rozdziałem III SIWZ, pkt 4 zamawiający, wymagał, aby wykonawca do oferty załączył próbki, atesty, certyfikaty, deklaracje, karty katalogowe, prospekty itp. dla całości oferowanego wyposażenia w szczególności wskazanego w załącznikach nr 7-9 do SIWZ - z których jednoznacznie ma wynikać, iż zaoferowane przez wykonawcę wyposażenie spełnia wymagania zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że złożył wraz z szczegółową kalkulacją przedmiotu zamówienia, w której w poz. 60 wycenił serwis kawowy. Ponadto odwołujący w pkt 6 oferty złożył oświadczenie, w którym zobowiązał się w przypadku wyboru jego oferty do zawarcia umowy na warunkach zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dodatkowo w oświadczeniu, zawartym w pkt 2 oferty, przyjął na siebie warunki zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym, odwołujący, w przypadku uznania jego oferty za najkorzystniejszą, przyjął na siebie zobowiązanie dostarczenia zamawiającemu przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym do dostarczenia mlecznika i cukiernicy o pojemności ustalonej w załączniku nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednakże odwołujący do złożonej przez siebie oferty omyłkowo załączył kartę katalogową w której mlecznik i cukiernica charakteryzują się pojemnością 200 ml, przy czym na uwagę zasługuje fakt, iż wartość zaoferowanego zestawu kawowego kształtuje się na poziomie 215 zł netto (za sztukę) podczas, gdy całkowita wartość oferty to kwota 1 235 237,73 zł., tym samym cena zestawu kawowego, który w ocenie zamawiającego przesądził o odrzuceniu oferty odwołującego, stanowi jedynie 0,086 % ceny oferty (jednocześnie podnieść należy, że cena samego mlecznika to koszt rzędu 9 a 11 zł netto a pojedyncza cukiernica to koszt między 11 a 27 zł netto - co tym samym sprawia, że podany powyżej udział procentowy mlecznika oraz cukiernicy w całości wartości złożonej oferty jest jeszcze niższy). Odwołujący wywiódł, że przy ocenie istotności zmiany oferty w świetle dopuszczalności stosowania art. 87 ustawy Pzp, zamawiający obowiązany jest badać na ile zmiana dokonana, bądź w wyniku wyjaśnień, bądź poprawy omyłek, oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez

wykonawcę w ofercie. Przy wykazaniu, iż część oferowanego zestawu kawowego stanowi znikomy ułamek wartości całej oferty nie sposób przyjąć, iż zamiarem, a nie omyłką odwołującego było zaoferowanie mlecznika i cukiernicy o pojemności nieznacznie odbiegającej od wskazanej w opisie przedmiotu zamówienia, a przyjęcie powyższego założenia, determinuje po stronie zamawiającego obowiązek zastosowania art. 87 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia oferowany mlecznik i cukiernica, których omyłkowo wskazane parametry, stały u podstaw odrzucenia oferty odwołującego, z całą pewnością nie stanowią istoty zamówienia w toku którego składane jest niniejsze odwołanie. Ich udział w całości zamówienia zarówno pod względem wartości jak i samego przedmiotu zamówienia, nie stanowi o bycie przedmiotowego zamówienia, którego nieporównywalnie bardziej istotnymi elementami są meble, czy też pozostałe elementy wyposażenia stanowiące o wyglądzie i funkcjonalności wyposażanych pomieszczeń, stąd jeżeli zamawiający zastosowałby się do ogólnej zasady prawa zamówień publicznych wnikliwego badania ofert, to zapewne skorzystałby z instrumentów prawnych pozwalających na zgodne z prawem sanowanie oferty zawierającej drobne uchybienia formalne, względnie zastosowałby tryb wyjaśnienia treści oferty, tym samym nie podjąłby pochopnie decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ. W przedmiotowej sprawie bowiem nie można mówić o błędzie oferty, skutkującym jej odrzuceniem, bowiem uwzględniając wykładnię celowościową, bezsprzecznie przyjętą, jako obowiązująca w najnowszym orzecznictwie - instytucja przewidziana w art. 87 ustawy Pzp, służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których z powodu nieistotnych omyłek czy niezamierzonych opuszczeń, odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizację zamówienia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Jeżeli więc mlecznik i cukiernica stanowiące jedynie element jednej z kilkudziesięciu pozycji przedmiotu zamówienia, który obejmuje m.in. meble i sprzęt AGD, to nie można stwierdzić, iż omyłkowo załączona karta katalogowa decyduje o tym, iż 20 ml różnica tych dwóch elementów, jednej z kilkudziesięciu pozycji decyduje o istotnej niezgodności odrzuconej oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, co z kolei determinuje nie tylko odrzucenie oferty odwołującego, ale również unieważnienie całego postępowania. Taką intencję ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, którą wprowadzono zmiany do ustawy Pzp. Zamawiający przyjmując, w drodze zastosowania art. 87 ustawy Pzp, że odwołujący poprzez omyłkowe przedłożenie standardowej karty katalogowej dla zestawu kawowego, przy uwzględnieniu oświadczeń zawartych w pozostałych dokumentach ofertowych, gdzie odwołujący zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia na warunkach określonych przez

zamawiającego, nie wypaczyłby jego oświadczenia woli, a jedynie dokonałby usunięcia braku formalnego oferty, co było nie tylko jego uprawnieniem, ale wręcz obowiązkiem. Na potwierdzenie powyższego odwołujący załączył karty katalogowe produktów spełniających w sposób literalny wymagania zamawiającego, oświadczając, iż powyższe nie wpływa na zaoferowaną cenę. Zaniechanie przez zamawiającego wyjaśnienia treści oferty, jeżeli jest to konieczne w celu dokonania rzetelnego badania oferty, stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający w trakcie posiedzenia Izby wniósł o odrzucenie, ewentualnie o oddalenie odwołania. Złożył odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, pismo zamawiającego zawierające rozstrzygnięcie postępowania datowane na 12 grudnia 2014 r., odwołanie, dowody przesłania kopii odwołania zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 22 grudnia 2014 r. odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba oddaliła wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 w zw. z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. W odpowiedzi na odwołanie i na posiedzeniu Izby zamawiający podniósł, że kopię odwołania odwołujący przekazał mu jedynie drogą elektroniczną w dniu 22 grudnia 2014 r. Zamawiający wywiódł, że powyższe świadczy o niewypełnieniu przez odwołującego obowiązku przesłania kopii odwołania zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Zamawiający powołał się na postanowienia rozdziału VII SIWZ, zgodnie z którymi obok zawsze dopuszczalnej formy pisemnej, zamawiający dopuścił porozumiewanie się z wykonawcami jedynie faksem. Ponadto przywołał postanowienia rozdziału XVIII SIWZ, w których wskazano, że nie dopuszcza porozumiewania się drogą elektroniczną. Zamawiający wywiódł, że przepis art. 180 ust. 5 ustawy Pzp odsyła do art. 27 ust. 2 ustawy Pzp. Z kolei z art. 27 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że wybór sposobu przekazywania korespondencji między zamawiającym, a wykonawcą należy do zamawiającego. Biorąc

powyższe zamawiający uważał, że odwołujący nie sprostął obowiązkowi przekazania kopii odwołania zamawiającemu zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

Odwołujący oponował wnioskowi zamawiającego. Wyjaśnił, że w dniu 22 grudnia 2014 r. przed godziną 16 podjął próbę wysłania faksu z kopią odwołania pod numer faksu zamawiającego, wskazany w SIWZ. Faks ten nie odpowiadał, dlatego kopię odwołania wysłano w tym samym dniu drogą e-mailową na adres poczty elektronicznej zamawiającego, wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu. Kolejnego dnia odwołujący kontaktował się telefonicznie z pracownikiem zamawiającego, który w rozmowie tej stwierdził, że poprzedniego dnia nie przełączył faksu w tryb automatycznego odbioru. Jednak zamawiający zapoznał się z treścią odwołania na podstawie kopii przesłanej drogą elektroniczną, o czym świadczy również fakt złożenia odpowiedzi na odwołanie. Na dowód powyższego złożył raport nieudanej transmisji faksowej, wydruk korespondencji e-mailowej, jaką prowadził z sekretariatem zamawiającego w kolejnych dniach, tj. 23 grudnia 2014 r. Do odwołania załączył dowód przesłania kopii odwołania w dniu 22 grudnia 2014 r. na adres sekretariat@parklomza.pl. Wskazał, że adres ten został podany przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji I.1. ogłoszenia. Argumentował, że przepis art. 27 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy przesyłania oświadczeń, wniosków, zawiadomień, informacji. Natomiast regulacja z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp jest regulacją autonomiczną.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5. Z kolei art. 180 ust. 5 ustawy Pzp stanowi, iż Odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2. Wreszcie z art. 27 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że Jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania.*

Izba stwierdziła, że z powyższych przepisów jednoznacznie wynika, że odwołujący może przesłać kopię odwołania zamawiającemu w dowolny, wybrany przez siebie sposób, byleby zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią (art. 180 ust. 5 zd. 1 Pzp). Jeżeli zaś odwołujący skorzysta z jednego ze sposobów komunikacji wymienionych w art. 27 ust. 2 Pzp to skutkuje to powstaniem przywołanego domniemania prawnego. Z liberalnej wykładni można wyprowadzić zatem jednoznaczny wniosek, że ustawodawca nie uzależnił możliwości przesłania kopii odwołania drogą elektroniczną bądź faksową od dopuszczenia takiej sposobu komunikacji przez zamawiającego w trybie art. 27 ust. 1 ustawy Pzp. Ustawodawca

w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp odsyła do art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, a nie art. 27 ust. 1 ustawy Pzp. Cel odwołania przez ustawodawcę w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp do art. 27 ust. 2 Pzp jest jednoznaczny. Chodziło jedynie o sprecyzowanie, które formy przesłania kopii odwołania korzystać będą z dobrodziejstwa domniemania prawnego wynikającego ze zd. 2 art. 180 ust. 5.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że odwołujący sprostą obowiązkowi przesłania kopii odwołania zamawiającemu przesyłając ją w dniu 22 grudnia 2014 r. na adres sekretariat@parklomza.pl, w ten sposób, że zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią. Podkreślenia wymaga, że ten adres poczty elektronicznej niewątpliwie należał do zamawiającego, został ujawniony w sekcji I.1. ogłoszenia o zamówieniu. Zatem wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania z przytoczonych powodów podlegał oddaleniu.

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

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z powodu braku ofert niepodlegających odrzuceniu, zaś oferta odwołującego została odrzucona. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy odrzucił tę ofertę, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia tej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest dostawa wyposażenia Inkubatora. W skład przedmiotu zamówienia wchodzi ponad 60 pozycji asortymentowych, przede wszystkim szaf, stołów, krzeseł, biurek, stolików oraz wyposażenia dodatkowego (załączniki nr 7 i 9 do SIWZ). Jednym z elementów zamawianego dodatkowego wyposażenia były 4 sztuki zestawu kawowego opisanego następująco: *Zestaw kawowy, 12 osobowy; kolor biały, porcelana, minimalny skład zestawu: 12 x filiżanek (poj. 220-300ml) z podstawkami, 12 x talerzy deserowych, mlecznik (poj.220-400ml), cukiernica (poj. 220-400ml)* (pkt 17 załącznika nr 9 do SIWZ).

W Rozdziale III SIWZ pkt 4 zamawiający wskazał, że *Wykonawca do oferty załączy próbki, atesty, certyfikaty, deklaracje, karty katalogowe, prospekty itp. dla całości oferowanego wyposażenia – w szczególności wskazane w załącznikach nr 7-9 do SIWZ - , z*

których jednoznacznie ma wynikać, iż zaofertowane przez Wykonawcę wyposażenie spełnia wymagania Zamawiającego.

W rozdziale VI SIWZ w pkt 6 wskazano, że zamawiający wymaga załączenia do oferty próbek, atestów, certyfikatów, deklaracji, kart katalogowych, prospektów itp oferowanych mebli – w szczególności wskazanych i wymaganych przez zamawiającego w załącznikach nr 7-9 do SIWZ -, z których jednoznacznie ma wynikać, iż zaofertowane przez Wykonawcę wyposażenie spełnia wymagania Zamawiającego.

Do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył m.in. odwołujący, z ceną ofertową brutto w wysokości 1.235.237,73 zł. Oświadczył, że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Oświadczył ponadto, że zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie wnosi do niej zastrzeżeń. Zadeklarował również, że sporządził ofertę zgodnie ze specyfikacją (formularz ofertowy, s. 2 oferty odwołującego). Odwołujący złożył wraz z ofertą szczegółową kalkulację przedmiotu zamówienia, w której przedstawił wycenę poszczególnych pozycji asortymentowych. W poz. 60 znajduje się zestaw kawowy, w liczbie 4 szt. z ceną jednostkową 215 zł, ceną netto 860 zł i ceną brutto 1057,80 zł (str. 11-13 oferty). Odwołujący do swej oferty załączył opis zestawu kawowego, w którym podano m.in. następujące informacje: porcelanowy serwis do kawy VENUS C000 na 12 osób nr 3051-7152-Y1-2-27/CH-142 polskiej marki Chodzież. Wymieniono elementy zestawu, w skład którego wchodzi m.in. 1 szt. cukiernicy o pojemności 200 ml oraz 1 szt. dzbanka do śmietany o pojemności 200 ml (s. 122 oferty).

W dniu 12 grudnia 2014 r. zamawiający zawiadomił odwołującego, iż jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W uzasadnieniu zamawiający podniósł, że wykonawca zaofertował zestaw kawowy Venus C000, którego elementami są cukiernica i mlecznik o pojemności 200 ml, tj. mniejszej niż wymagał zamawiający. Zgodnie z ogólnodostępnymi katalogami ww. producenta porcelany dla całej linii Venus elementami składowymi są dzbanek (creamer) o pojemności 0,2 l oraz cukiernica (sugar bowl) o pojemności 0,2 l. Tym samym pismem zamawiający poinformował także, że postępowanie unieważnia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego, jak również zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia w

ofercie odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie powodującej istotnej zmiany treści oferty i w konsekwencji zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W pozostałym zakresie odwołanie okazało się niezasadne.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.* Z powyższego jednoznacznie wynika, że obowiązek odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ aktualizuje się dopiero w sytuacji, gdy niemożliwym jest zastosowanie instytucji poprawy innej omyłki uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stosownie zaś do treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie *inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.* Cytowana regulacja została wprowadzona ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058). Ratio legis tego przepisu to sanowanie ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Na powyższą intencję ustawodawcy wskazuje uzasadnienie do ww. ustawy nowelizującej. *„W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. (...). Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.”*

Dostrzeżenia wymaga, że z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika obowiązek zamawiającego poprawienia omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, jeżeli nie powodują one istotnych zmian w treści oferty. Tak ogólnie sformułowana przesłanka wskazuje na pewną dozę elastyczności i uznaniowości

pozwalającą odnieść ją do okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Na uwagę zasługuje fakt, że dla wystąpienia podstaw do dokonania przez zamawiającego poprawek w ofercie wykonawcy z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest zatem stwierdzenie, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; że dostrzeżone niezgodności mają charakter omyłek; wreszcie – że nie powodują one istotnych zmian w treści oferty (ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści pierwotnego oświadczenia woli zawartego w ofercie). Jednocześnie w świetle art. 87 ustęp 2 punkt 3 ustawy Pzp omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, aby możliwa była jej poprawa.

W ocenie Izby, w ustalonym w sprawie stanie faktycznym przesłanki poprawienia w tym trybie zostały spełnione.

Izba stwierdziła, że niewątpliwie oferta odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ. Zamawiający w SIWZ wymagał dostawy zestawu kawowego, w skład którego miały wchodzić m.in. mlecznik o poj. 220-400ml i cukiernica (poj. 220-400ml). Odwołujący tymczasem złożył kartę katalogową zestawu kawowego, którego elementem była cukiernica o pojemności 200 ml oraz dzbanek do śmietany (mlecznik) o pojemności 200 ml, a zatem pojemności mniejszej niż wymagał zamawiający. Jak słusznie wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i swym rozstrzygnięciu, karty katalogowe jakie odwołujący załączył do swej oferty identyfikowały przedmiot (treść) oferty. Znajdujące się w nich doprecyzowanie oferowanego mlecznika i cukiernicy niewątpliwie jest treścią oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że z okoliczności stanu faktycznego wynika, że ww. niezgodność była wynikiem omyłki odwołującego. Jak wynikało z treści formularza ofertowego odwołującego zamierzał on zaoferować przedmiot zamówienia, odpowiadający treści SIWZ. Złożył wszak oświadczenie, że oferuje wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, a także że zapoznał się z treścią SIWZ i nie wnosi do niej zastrzeżeń, jak również zadeklarował, że przygotował ofertę zgodnie ze specyfikacją. Omyłka ta polegała na niedostrzeżeniu, że w skład zaoferowanego zestawu kawowego wchodzi cukiernica i mlecznik o zbyt małej, w stosunku do wymagań zamawiającego pojemności. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający wymagał w SIWZ złożenia rozmaitych dokumentów przedmiotowych (atestów, certyfikatów, deklaracji, kart katalogowych, prospektów) dla wszystkich ponad 60 pozycji asortymentowych. Odwołujący aby sprostać temu wymaganiu złożył ponad 150 stron dokumentów odnoszących się do oferowanego asortymentu, którym były szafy, stoły, krzesła, biurka, stoliki, sprzęt AGD oraz wyposażenie dodatkowe. Zasady wiedzy i doświadczenia życiowego podpowiadają, że uszła uwadze odwołującego kwestia pojemności 2 elementów z asortymentu drugorzędneho z punktu widzenia całości

przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby powyższe okoliczności okazały się wystarczające do stwierdzenia, że działanie odwołującego miało charakter omyłkowy, a nie zamierzony.

Następnie stwierdzono, że poprawienie oferty w żaden sposób nie spowoduje istotnej zmiany jej treści. Poprawa polegać winna na zastąpieniu oferowanej cukiernicy o pojemności 200 ml – cukiernicą o pojemności 350 ml oraz na zastąpieniu oferowanego dzbanka do śmietany o pojemności 200 ml – dzbankiem do śmietany o pojemności 300 ml, tj. na cukiernice i mleczniki, które odpowiadają wymaganiom SIWZ. O tym, że takie produkty istniały świadczyły karty katalogowe załączone przez odwołującego do odwołania.

Przy ocenie istotności wzięto pod uwagę porównanie liczby błędnego asortymentu do całości asortymentu zamawianego, wartość tego asortymentu do całości oferty, a także znaczenie tego asortymentu dla całości oświadczenia woli wykonawcy jakim jest złożenie oferty. Na uwagę zasługiwał fakt, że wartość zaoferowanych 4 zestawów kawowych kształtowała się na poziomie 1057,80 zł podczas, gdy całkowita wartość oferty odwołującego wynosiła 1.235.237,73 zł. Tym samym cena zestawów kawowych stanowiła jedynie ok. 0,086 % ceny oferty. Omyłka dotyczyła jedynie 2 elementów owych zestawów (cukiernica i mlecznik), których wartość rynkowa oscyluje w granicach ok. 10 złotych za sztukę. Zestawy kawowe stanowiły jedną z ponad 60 pozycji asortymentowych całego przedmiotu zamówienia, który obejmował dostawę pierwszego wyposażenia do pomieszczeń Inkubatora (w tym meble, stoły, biurka, krzesła itp.). Wreszcie zmiana taka nie spowoduje także zmiany ceny oferowanego przedmiotu zamówienia. Z pewnością zatem poprawienie nie oznaczać będzie zmiany oferty w sposób istotny.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego błędne zastosowanie i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie.

Za niezasadny uznano zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie. Powołany przez odwołującego przepis stanowi, że *zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie*. Za omyłką pisarską uznaje się błąd pisarski lub inną podobną usterkę w tekście. Z kolei omyłka oczywista, to taka która nasuwa się sama przez się każdemu, a przez dokonanie poprawki tej omyłki właściwy sens oświadczenia pozostaje bez zmian.

Izba stwierdziła, że omawiana omyłka nie mogła być potraktowana jako oczywista omyłka pisarska. Nie została bowiem wypełniona przesłanka oczywistości. Wzięto pod uwagę, że elementy niezgodne z SIWZ tj. cukiernica i mlecznik o niewłaściwej pojemności istniały w rzeczywistości i były częścią konkretnego zestawu kawowego wskazanego z nazwy i producenta. Powyższe ustalono na podstawie wyciągu z katalogu produktów firmy

Chodzież, załączonego przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie. Zatem poprawienie niezgodności z SIWZ jako oczywistej omyłki pisarskiej nie wchodziło w grę. Z omawianych powodów nie był to również błąd pisarski.

Nie niezasadny uznano zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty odwołującego. Stosownie do powołanego przez odwołującego przepisu, *w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert*. Zdaniem Izby uprawnienie zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty, o którym mowa w tym przepisie, przeradza się w obowiązek wyjaśnienia wtedy, gdy treść oferty jest niejasna, wewnętrznie sprzeczna, nie można ustalić jej znaczenia, a tym samym jej ocenić. W omawianym stanie faktycznym nie wystąpiła taka sytuacja. Odwołujący załączył karty katalogowe, z których jednoznacznie wynikało, że oferuje zestawy kawowe obejmujące cukiernice i mleczniki o niewłaściwej pojemności. W konsekwencji zamawiający nie miał powodów aby wzywać odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Chybionym okazał się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 5 KC w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 14 ustawy Pzp „przez odrzucenie oferty odwołującego, z uwagi na nadmierny formalizm postępowania o udzielenie zamówienia”. Powołany przez odwołującego przepis stanowi, że *nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony*.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że w myśl art. 180 ust. 1 ustawy Pzp *Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy*. Nie ulega wątpliwości, że pod pojęciem „ustawy” należy rozumieć ustawę Pzp. Powyższe wyznacza zakres kognicji Izby. O niezgodności czynności i zaniechań zamawiającego z innymi przepisami Izba może orzekać, jeżeli z ustawy Pzp wynika takie odesłanie.

Izba stwierdziła, że z lektury odwołania nie sposób wywnioskować jakie prawo podmiotowe, którego zamawiający miałby nadużyć, odwołujący ma na myśli. Jak wskazuje się w poglądach doktryny możliwość stosowania art. 5 KC ma miejsce tylko w przypadku „czynienia użytku ze swego prawa”. Odrzucenie oferty wykonawcy w razie spełnienia przesłanek jest obowiązkiem ustawowym zamawiającego, a nie jego prawem. Okoliczność, że – jak stwierdzono - zamawiający błędnie uznał, iż obowiązek odrzucenia oferty się zaktualizował, nie oznacza jeszcze, iż nadużył swego prawa podmiotowego.

Zdaniem Izby, zamawiający nie naruszył także art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Powołany przez odwołującego przepis stanowi, że *zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*. Udzielenie zamówienia następuje z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający umowy nie zawarł, zatem nie mógł naruszyć przepisu przywoływanego przez odwołującego.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, 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.

Izba stwierdziła, że stwierdzone naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego, naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie powodującej istotnej zmiany treści oferty i w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Za wynik postępowania w rozumieniu ww. przepisu rozumie się wybór określonej oferty jako najkorzystniejszej bądź unieważnienie postępowania. Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp uznając, że nie ma żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Tymczasem – jak stwierdzono – oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu z przyczyn przedstawionych w odwołaniu. Tym samym wynik postępowania może jeszcze ulec zmianie.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Oдноśnie zarzutów, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Co do konieczności odrębnego wypowiedzenia się przez Izbę w sentencji wyroku co do zarzutów, które uznano za chybione, podzielono stanowisko wyrażone m.in. w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z 11 kwietnia 2011 r. sygn. akt IV Ca 142/11, wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 10 stycznia 2014 r. (sygn. akt II Ca 1481/13), postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 29 października 2014 r., sygn. akt V Ca 1603/14, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 grudnia 2014 r. (sygn. akt V Ca 3384/14), które stwierdzając brak w pisemnej sentencji orzeczenia Izby rozstrzygnięcia o całości żądania uznawały, że w tej części orzeczenie nie istnieje.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: