

WYROK

z dnia 28 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Aleksandra Zielonka

po rozpoznaniu na rozprawie **28 października 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **14 października 2016 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Tronus Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa wraz z montażem mebli dla jednostek Policji woj. małopolskiego* (nr postępowania ZP-79/2016)

prowadzonym przez zamawiającego: **Komenda Wojewódzka Policji w Krakowie**

przy udziale wykonawcy: **M. M. Euro-Meble, Katowice** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu, Komendzie Wojewódzkiej Policji w Krakowie, w zadaniu nr 1: po pierwsze – unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, po drugie – odrzucenie w ramach ponowionych czynności oferty złożonej przez M. M. Euro-Meble z Katowic z uwagi na zaoferowanie w poz. 2 krzesła obrotowego Intrata O12 HRU R20I ST36CR, które nie posiada wymaganego zagłówka regulowanego; w pozostałym zakresie oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Komendę Wojewódzką Policji w Krakowie i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – Tronus Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,**

- 2.2.** zasądza od **zamawiającego – Komendy Wojewódzkiej Policji w Krakowie** na rzecz **odwołującego – Tronus Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Krakowie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Dostawa wraz z montażem mebli dla jednostek Policji woj. małopolskiego* (nr postępowania ZP-79/2016)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 19 lipca 2016 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 206/S_137-248268, z tym że 15 lipca Zamawiający przekazał ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {<http://malopolska.policja.gov.pl>}, na której od 19 lipca 2016 r. udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość tego zamówienia ustalona przez Zamawiającego przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

4 października 2016 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną oraz faksem Odwołującemu – Tronus Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Tronus”} – zawiadomienie o wyborze w części 1. zamówienia {dalej również: „zadanie nr 1”} jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez M. M. Euro-Meble w Katowicach {dalej również: „Euro-Meble”}.

14 października 2016 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności oraz zaniechania odrzucenia oferty Euro-Meble.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 91 ust. 1 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Euro-Mebli, pomimo jej niezgodności z warunkami określonymi w specyfikacji, a w konsekwencji wybór tej oferty, pomimo że winna ona zostać odrzucona.
2. Art. 7 ust. 1 i 3 – przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z powyższym naruszeniem przepisów ustawy pzp.
3. Art. 87 ust. 2 pkt 3 – przez poprawienie omyłki powodujące istotną zmianę w treści oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty Euro-Mebli jako niezgodnej z treścią specyfikacji.
4. Wyboru oferty Tronus jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających jego zdaniem wniesienie odwołania.

{zarzut pierwszy}

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania:

- Zamawiający w specyfikacji (w tym w formularzu ofertowym) zawarł wymóg przedstawienia certyfikatu (atestu) wytrzymałościowego potwierdzającego zgodność oferowanych foteli z normą PN-EN 1335-1, PN-EN 1335-2;
- Euro-Meble w poz. 8 zaoferowały dostarczenie fotela „Plus” producenta Grospol i załączyły atest, który nie dotyczy się tego produktu, a fotela „Plus R”;
- Zamawiający w związku z poprzednio wniesionym przez Tronus Odwołaniem wezwał Euro--Meble do złożenia wyjaśnień, w wyniku których dokonał poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp przez zmianę oferowanego produktu na „Plus R”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że doszło do istotnej zmiany treści oferty, gdyż Grospol produkuje również inne niż „Plus R” produkty mające w swojej nazwie słowo „Plus”, co oznacza, że na podstawie złożonej oferty nie można jednoznacznie stwierdzić, jaki produkt został zaoferowany przez Euro-Meble.

{zarzut drugi}

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania:

- Zamawiający w specyfikacji (w tym w formularzu ofertowym) zawarł wymóg, aby zaoferowane w poz. 2 krzesła obrotowe z zagłówkiem posiadały zagłówek regulowany;
- Euro-Meble w poz. 2 zaoferowały krzesło obrotowe „Intrata 012 HRU R20I ST 36 CR producenta Nowy Styl z zagłówkiem stałym, co Odwołujący ustalił na podstawie katalogu producenta {do odwołania załączono str. 34 „Intrara-Elementy”}.

Odwołujący zarzucił, że oferta Euro-Mebli podlega odrzuceniu, gdyż nie spełnia powyższego wymagania specyfikacji.

Odwołujący podsumował, że oferta Euro-Meble podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp ze względu na złamanie art. 82 ust. 3 pzp, tj. treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji.

Pismem z 18 października 2016 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 14 października 2016 r. przesłał kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

17 października 2016 r. wpłynęło do Prezesa Izby w formie pisemnej zgłoszenie przez Euro-Meble przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Ponieważ powyższe przystąpienie zostało zgłoszone w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu (od przekazania kopii odwołania przez Zamawiającego) i wymogu przekazania jego kopii Stronom, a także nie zgłoszono, co do niego opozycji, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia jego nieskuteczności.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

27 października 2016 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie {datowana na 26 października 2016 r.}, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności następująco uzasadniając swoje stanowisko.

Na skutek poprzedniego odwołania Tronus w ramach powtórzonych czynności Zamawiający zwrócił się w trybie art. 87 ust. 1 pzp do Euro-Mebli o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy nazwą produktu wskazaną w formularzu ofertowym a dołączonym dla niego atestem.

Z udzielonych wyjaśnień wynika, iż zaoferowano „Fotel obrotowy Plus R”, a brak wskazania w formularzu cenowym litery „R” wynika wyłącznie z omyłki Wykonawcy, polegającej na wpisaniu nazwy potocznej zamiast pełnej nazwy handlowej.

Biorąc pod uwagę powyższe dokonano w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp poprawienia treści oferty przez odpowiednie doprecyzowanie nazwy produktu z poz. 8 formularza ofertowego na „fotel obrotowy plus R”.

W ocenie Zamawiającego dokonanie tej poprawy nie spowodowało istotnych zmian w treści oferty, a przede wszystkim nie spowodowało zmiany pierwotnie oferowanego produktu.

Odnosnie zarzucanej niejednoznaczności oferty, Zamawiający podniósł, że wyjaśnienia rozwiąły wszelkie wątpliwości. Zamawiający dodał, że z przystąpienia wynika, że jedynym fotelem o nazwie własnej „Plus R” w ofercie Grospolu jest fotel „Plus R” z kolekcji ekonomicznej, a pozostałe to fotele „Ergouhman” o nazwie własnej „Ergohuman Plus”.

W zakresie drugiego zarzutu Zamawiający podał, że również w tym przypadku Euro-Meble złożyły wyjaśnienia, z których jasno wynika, że oferowany w poz. 2 fotel spełnia wszystkie wymagania opisane w SIWZ, w tym posiada regulowany zagłówek. Załączono również oświadczenie producenta Nowy Styl, z którego wynika, że ten fotel posiada opcję zagłówek regulowanego.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Przystępujący nie stawiał się na wyznaczone posiedzenie, pomimo otrzymania zawiadomienia o jego terminie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego i Zamawiającego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę. Odwołujący tym samym może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, które pozbawiają Tronus możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

{zarzut pierwszy}

Izba ustaliła, jako istotne dla rozstrzygnięcia poniższe okoliczności.

Zamawiający zażądał w specyfikacji złożenia w ofercie wypełnionego załącznika nr 2 do s.i.w.z. – formularza cenowego, wymagając jego uzupełnienia w rubryce „Nazwa oferowanego asortymentu” w celu należytej identyfikacji wyrobów {rozdział XIV *Opis sposobu przygotowania oferty* pkt 2}.

Załącznik nr 2 do s.i.w.z. stanowił jednocześnie szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określający rodzaj, wymiary, materiałów, wymogi dot. Konstrukcji, kolorystyki itp. {rozdział III *Opis przedmiotu zamówienia* pkt 2}. W szczególności dla poz. 2 *Krzeseł*

obrotowe np. Intrata z zagłówkiem pogrubiono parametr „Tapicerowany, regulowany zagłówek” {załącznik nr 2 do s.i.w.z. dla zadania nr 1 – dostawa krzesel}.

W treści oferty złożonej przez Euro-Meble w rubryce tej sprecyzowano, że w zadaniu nr 1 w poz. przedmiotem oferty jest krzesło obrotowe „Intrata O12 HRU R20I ST36CR” {formularz oferty, str. 4 dokumentów oferty}.

Powyższe oznaczenie producenta Nowy Styl identyfikuje dokładnie konkretną konfigurację modelu krzesła Intrata, w szczególności litera „O” oznacza oparcie w wersji „Operative”, a oznaczenie „12 HRU” oznacza „oparcie Operative tapicerowane wysokie z zagłówkiem tapicerowanym stałym” {„Intrata-Elementy” str. 14 katalogu „Biuro Kawiarnia” (edycja 1 05/2014) lub str. 34 wyciąg z nieznanego katalogu producenta Nowy Styl; oświadczenie Nowy Styl sp. z o.o. z siedzibą w Krośnie z 14 października 2016 r. }

Krzesło Intrata z regulowanym zagłówkiem tapicerowanym ma symbol „22 HRU”, które występuje dla oparcia w wersji „Manager” (wyższej niż wersja Manager) {„Intrata-Elementy” str. 14 katalogu „Biuro Kawiarnia” (edycja 1 05/2014) lub str. 34 wyciągu z innego katalogu producenta Nowy Styl}

Izba stwierdziła natomiast, że nie mają znaczenia dla sprawy następujące okoliczności:

- producent Nowy Styl jest w stanie wyprodukować również krzesło Intrata w wersji Operative z zagłówkiem regulowanym, choć takiej opcji konfiguracji nie przewidział w katalogu {oświadczenie Nowy Styl sp. z o.o. z siedzibą w Krośnie z 14 października 2016 r.};
- Euro-Meble po upływie terminu składania ofert zadeklarowały, że pomimo wpisania w ofercie oznaczenia wskazującego na nieregulowany zagłówek, dostarczy krzesło, które będzie posiadało zagłówek regulowany {wyjaśnienia Euro-Mebli, które wpłynęły do Zamawiającego 18 października 2016 r.}

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady –

porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, natomiast samo rozumienie terminu *oferta* należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi przy tym wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie.

W pozostałym zakresie zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty – poza potwierdzenia ogólnym oświadczeniem o zgodności z opisem przedmiotu zamówienia – podania konkretnych parametrów, nazwy, modelu, typu etc., pozwalających na jednoznaczną identyfikację przedmiotu oferty – porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z. jest podstawą do stwierdzenia ich wzajemnej zgodności albo niezgodności.

Nie ulega również wątpliwości, że niezależnie od charakteru stwierdzonej niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi postanowieniami s.i.w.z. (z uwzględnieniem wyjaśnień ich treści, których zamawiający udzielał w odpowiedzi na pytania wykonawców).

Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie to podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru.

O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji – złożenia oferty zgodnej z s.i.w.z. {tak m.in. wyroki Izby z: 3 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 556/12), 9 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12), 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13),

10 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1266/13) – o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia, co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli – jeśli jest ono niejednoznaczne {instytucja wyjaśnień z art. 87 ust. 1 pzp}, a także służące poprawieniu oferty – jeśli wprost nie odpowiada ona treści s.i.w.z. {instytucja poprawiania omyłek z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp}. Art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp obliuguje natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich oraz oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie została bowiem wyłączona ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia.

Jednakże istotne elementy tego oświadczenia woli – jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia – powinny się jednak w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne na mocy klauzuli zawartej w art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp. Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednakże niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przywołane powyżej instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego.

Zamawiający w prowadzonym przez siebie postępowaniu dla poszczególnych zamawianych rodzajów krzeseł biurowych biurowych {zwanych dalej również „wyrobami} określił wymagane parametry techniczne lub cechy w formularzu cenowym. Jednocześnie oczekiwał sprecyzowania przedmiotu oferty przez podanie danych identyfikujących oferowany wyrób. Oferta Wykonawcy Euro-Meble zawiera jednoznaczne oświadczenie, co do oferowanego krzesła, gdyż wpisano precyzyjne oznaczenie, które – co było niesporne – wskazuje na konfigurację krzesła z zagłówkiem tapicerowanym stałym. Skoro w tej poz. wymagane było zaoferowanie krzesła z zagłówkiem tapicerowanym regulowanym, w tym

zakresie oferta ta jest wprost niezgodna z treścią specyfikacji.

Zdaniem Izby złożone przez Euro-Meble dopiero po wpłynięciu odwołania wyjaśnienia nie mogą być wzięte pod uwagę, gdyż stanowią przejaw niedopuszczalnej po upływie terminu składania ofert zmiany treści oferty lub negocjacji z Zamawiającym, że za taką samą cenę i pod oznaczeniem wskazującym na co innego zostanie dostarczony wyrób zgodny z wymaganiami specyfikacji. Jednocześnie nie ma pola na zastosowanie instytucji z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż nawet Przystępujący nie twierdzi, że doszło do jakiegokolwiek omyłki, również Zamawiający jej nie stwierdził (odmiennie niż przy drugim zarzucie). Przede wszystkim w dokumentach oferty brak jest jakiegokolwiek punktu zaczepienia, który pozwalałby na odczytanie woli zaoferowania krzesła z zagłówkiem regulowanym. W sytuacji gdy wpisane oznaczenie jednoznacznie identyfikuje krzesło z zagłówkiem stałym, Przystępujący mógł i powinien już przy składaniu oferty zasygnalizować, że dostarczy wyrób spełniający wymagania opisu przedmiotu zamówienia, gdyż złożenie takiego oświadczenia dopiero w wyjaśnieniach jest spóźnione, a jego akceptacja przez Zamawiającego wprost narusza zakaz z art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp.

Ponieważ uwzględnienie powyższego zarzutu jest wystarczające dla stwierdzenia, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu, nie ma znaczenia dla wyniku sprawy, że nie znalazł potwierdzenia drugi (wg systematyki odwołania pierwszy) zarzut niezgodności treści oferty Euro-Mebli ze specyfikacją, odnoszący się do poz. 8 formularza cenowego.

W tym zakresie Izba uznała za istotne okoliczności adekwatnie zrelacjonowane w odpowiedzi na odwołanie, które uzupełniają wybiórcze zaprezentowane okoliczności w odwołaniu {wezwanie i wyjaśnienia z 30 września 2016 r}. W szczególności podkreślić należy, że nie nastęczało żadnej trudności przyporządkowanie atestu (sprawozdania) nr 260/14/W (str. 36 do 39) dla fotela obrotowego Plus R jako złożonego na potwierdzenie spełniania wymagań norm opisanych w s.i.w.z. przez fotel zaoferowany w poz. 8 formularza ofertowego oferty Euro-Mebli, pomimo zawarcia w nim oznaczenia z pominięciem litery „R”.

Za nieprzekonujące i niewiarygodne należy uznać twierdzenia Odwołującego jakoby do oferty załączono atest niedotyczący przedmiotu oferty, względnie przedmiotem oferty mogło być inne krzesło producenta Grospol, które przy zupełnie innej nazwie również posiada dodatkowe oznaczenie literą „R”.

Kontynuując wywód poczyniony przy poprzednim zarzucie, zauważyć należy, że w ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w s.i.w.z.) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Niezamknięty katalog tych dokumentów

został określony w § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231; dalej również: „rozporządzenie o dokumentach”). Dokumenty te należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty ma bowiem dodatkowo znaleźć potwierdzenie w dokumentach co do zasady pochodzących od niezależnego od wykonawcy podmiotu zewnętrznego (co wprost wskazano przy określeniu rodzaju dokumentów wyliczonych w § 6 ust. 1 pkt 2 - 4 rozporządzenia), względnie w próbkach, opisach lub fotografiach produktów, które mają być dostarczone, których autentyczność musi być poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego (rodzaje środków dowodowych wymienione w § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia).

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Resumując, jak trafnie zauważono w uzasadnieniu wyroku Izby z 16 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2162/12), konsekwencją niezpełnienia dokumentu przedmiotowego (innego niż potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu) jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji.

Zamawiający zażądał na potwierdzenie spełniania przez oferowane produkty wymagań norm wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia przez zażądanie certyfikatów zgodności (atestów wytrzymałościowych) wystawionych przez niezależną jednostkę certyfikującą. Dokument taki został złożony przez Euro-Meble, a jego merytoryczna treść nie była przedmiotem zarzutu.

Natomiast Izba zważyła, że w okolicznościach tej sprawy Zamawiający prawidłowo dokonał w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. poprawienia oznaczenia fotela wpisanego w poz. 2, zgodnie z oznaczeniem wynikającym ze złożonego wraz z ofertą dokumentu. W szczególności dokonana korekta nie powodowała istotnej zmiany treści złożonej oferty, gdyż z całości złożonych dokumentów dało się odczytać, że wolą Wykonawcy Euro-Meble jest zaoferowanie fotela „Plus R” producenta Grospol. Niedokładność oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym podlegała ona obligatoryjnemu poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Należy zauważyć, że intencją ustawodawcy towarzyszącą wprowadzeniu aktualnego

brzmienia art. 87 ust. 2 pzp było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy pzp, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to z uzasadnienia do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw: *Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. 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.*

W orzecznictwie Izby podkreślono, że *celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie).* {vide wyrok Izby z 23 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 522/11)} Jednocześnie czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, które nie zapewnia wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, czyli dotyczących niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, z przepisu wprost wynika, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Oczywiście jest zatem, że przypadku zastosowania tego przepisu każdorazowo następuje zmiana treści oferty. Natomiast granicą dopuszczalności takiej zmiany jest to, aby miała istotnego charakteru. Przy czym o istotności zmiany treści oferty każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, zmiana zakresu przedmiotu świadczenia lub obie te sytuacje występujące jednocześnie. Decydujące znaczenie dla

oceny istotnego charakteru wprowadzanych zmian ma ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia. Na powyższe uwarunkowania zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09): *W ocenie Sądu Okręgowego nie ulega jednak kwestii, iż 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. Nadto należy zaznaczyć, że poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Innymi słowy kwantyfikator „istotnych zmian” należy w ocenie sądu odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty.*

Należy zauważyć, że często jako regułę przesądzającą o zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp wskazuje się możliwość samodzielnej, bez udziału wykonawcy, poprawienia przez zamawiającego omyłki. Tymczasem jest to wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia bezpiecznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, który to przepis wprost takiej przesłanki nie formułuje. Niewątpliwie stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia wynikającego z art. 87 ust. 1 pzp zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty oraz gwarantuje zachowanie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi. W ocenie Izby nie oznacza to jednak braku możliwości uprzedniego zastosowania instytucji wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Wręcz przeciwnie, skorzystanie przez zamawiającego z art. 87 ust. 1 pzp może być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla ustalenia w jaki sposób należałoby ją poprawić. Zdaniem składu orzekającego Izby należy tu odróżnić dopuszczalne skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień.

W okolicznościach rozstrzyganej sprawy Zamawiający nie musiał nawet wzywać do wyjaśnień, gdyż był w stanie zidentyfikować zarówno samą omyłkę, jak i sposób jej poprawienia.

Należy zauważyć, że ponieważ omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie mają oczywistego charakteru, a z uwagi na to, że powodują zmianę treści oferty, wyłącznie w ich przypadku wykonawca może doprowadzić do zniweczenia ich poprawienia w sposób zaproponowany

przez zamawiającego, nie wyrażając na to zgody, gdyby nie odpowiadało to jego intencjom.

Izba podziela również stanowisko {wyrażone już w wyroku Izby z 5 sierpnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 959/09}, że rozumienie „innej omyłki” z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażen lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca może więc sporządzić ofertę z pełną świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią s.i.w.z. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich nieistotności, również podlegają poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, w tym przypadku zmiany przekonania wykonawcy co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanej poprawie omyłki i ewentualny brak wyrażenia zgody, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 pzp, niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie.

Należy zauważyć, że słownikowe rozumienie słowa „omyłka” oznacza *spozstrzeżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, błąd w postępowaniu, rozumowaniu itp.* {*Słownik języka polskiego pod red. Witolda Doroszewskiego*, Wydawnictwo Naukowe PWN, dostępny na stronie <http://sjpd.pwn.pl>}. W oczywisty sposób znaczenie tego słowa nie wykazuje niczego na korzyść twierdzeń Przystępującego. Izba zważyła, że – jeżeli jakieś konkretne okoliczności nie wskazują co innego – należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Natomiast nie zawsze im się to udaje i wtedy obowiązkiem zamawiającego jest rzetelne rozważenie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Reasumując, w ocenie składu orzekającego Izby z całokształtu okoliczności dotyczącej złożonej przez Przystępującego oferty, wynikała wola dostarczenia konkretnego krzesła, które spełnia wymagania Zamawiającego, co zostało potwierdzone złożonym atestem. Nie było zatem przeszkód do poprawienia tej oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp w sposób, który był wręcz oczywisty.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu, gdyż Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, co miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego na podstawie art. 192 ust.

1, 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp orzeczono, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp,. W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis – zgodnie z § 3 pkt 1 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). Ponadto kosztami postępowania odwoławczego obciążono Zamawiającego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 wspomnianego rozporządzenia – zasądzono na rzecz Odwołującego poniesione przez niego koszty z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania. Nie uwzględniono jednak zgłoszonego w odwołaniu wniosku o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocników, gdyż do zamknięcia rozprawy nie przedłożono w tym zakresie rachunków, co jest wymagane na mocy § 3 pkt 2 rozporządzenia.

Przewodniczący: