

WYROK

z dnia 2 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Natalia D.

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 lipca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 18 czerwca 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **ALEX sp. j. A. D. K. D. z siedzibą w Szczecinie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawy części zamiennych do sprzętu transportowego Komendy Wojewódzkiej Policji w Szczecinie* (nr postępowania ZZ-2380-35/14)

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

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu w zakresie części I zamówienia: po pierwsze – unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz czynności odrzucenia oferty ALEX sp. j. A. D. K. D. z siedzibą w Szczecinie, po drugie – powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem zawiadomienia odwołującego o poprawieniu w dziale LVIII formularza kalkulacji cenowej nazwy proponowanego producenta dla pozycji 1 (*amortyzator przód P strona*) i 2 (*amortyzator przód L strona*) z nazwy *KYB* na nazwę *OE Opel*.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Komendę Wojewódzką Policji w Szczecinie i:**
 - 2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – ALEX sp. j. A. D. K. D. z siedzibą w Szczecinie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2.** zasądza od zamawiającego – Komendy Wojewódzkiej Policji w Szczecinie na rzecz **odwołującego – ALEX sp. j. A. D. K. D. z siedzibą w Szczecinie** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero

groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci 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, 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 **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Szczecinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”}, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Dostawy części zamiennych do sprzętu transportowego Komendy Wojewódzkiej Policji w Szczecinie* (nr postępowania ZZ-2380-35/14).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2014/S_047-078308 z 7 marca 2014 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.szczecin.kwp.gov.pl), na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 1.278.955,03 zł, co stanowi równowartość 302.718,41 euro {w tym wartość części I zamówienia na kwotę 1.179.654.07 zł}.

11 czerwca 2014 r. Zamawiający przekazał faksem Odwołującemu – ALEX sp. j. A. D. K. D. z siedzibą w Szczecinie {spółce dalej zwanej również w skrócie „ALEX”} zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty oraz o unieważnieniu postępowania w zakresie części I zamówienia.

18 czerwca 2014 r. (pismem z 17 czerwca 2014 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności dotyczących części I zamówienia, zarzucając Zamawiającemu, że naruszył następujące przepisy ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 2 pkt 3 – przez nieuprawnienie przyjęcie, że stwierdzone w ofercie Odwołującego niezgodności z SIWZ – polegające na wpisaniu w poz. 1 i 2 działu LVIII formularza kalkulacji cenowej nazwy producenta KYB jako producenta amortyzatorów do samochodu marki Opel Vectra 2,8 GTS 250 KM 2007 r. VIN: W0L0ZCF6881045507 – nie podlegają poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, i odrzucenie na tej podstawie oferty Odwołującego.
2. Art. 93 ust. 1 pkt 1 – przez unieważnienie przetargu w zakresie dotyczącym części I zamówienia (*Części samochodowe do aut osobowych, furgonów i osobowo-terenowych*) z powodu niezłożenia żadnej oferty niepodlegającej, a co najmniej przedwczesne unieważnienia, ze względu na to, że gdyby nie naruszenia ustawy pzp wskazane w pkt 1

powyżej, oferta Odwołującego, w następstwie obowiązku jej poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, byłaby przynajmniej jedną ofertą niepodlegającą odrzuceniu w przetargu w zakresie dotyczącym części I zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności: odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia przetargu w zakresie dotyczącym części I przedmiotu zamówienia.
2. Ponownego wykonania względem oferty Odwołującego czynności badania i oceny ofert, wraz z obowiązkiem poprawienia tej oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, które to poprawienie spowoduje, że oferta Odwołującego jako ważna i o najniższej cenie (jedynym kryterium oceny oferty w przetargu) zostanie uznana za ofertę najkorzystniejszą w zakresie części I przedmiotu zamówienia.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{co do nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego}

Odwołujący podał, że w warunkach przedmiotowego przetargu przewidziano możliwość składania ofert częściowych, w ramach podziału przedmiotu zamówienia na trzy wyodrębnione części. W zakresie części I (*Części samochodowe do aut osobowych, furgonów i osobowo-terenowych*), której dotyczy odwołanie, oferty złożyło trzech wykonawców, wśród których oferta Odwołującego była ofertą o najniższej cenie.

Odwołujący zrelacjonował następujący przebieg badania jego oferty.

Zamawiający w pierwszym piśmie z 9 maja 2014 r. dokonał wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, a następnie, na podstawie zastrzeżeń wniesionych przez firmę Inter Cars, piśmie z 15 maja 2014 r. czynność wyboru unieważnił, niejako powracając ponownie do etapu oceny i badania ofert.

W toku ponownego badania i oceny ofert Zamawiający piśmie z 29 maja 2014 r. (przekazanym faksem 30 maja 2014 r.) wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp odnośnie tego, czy wskazane w poz. 1 i 2 działu LVIII formularza kalkulacji cenowej amortyzatory przednie marki KYB zostały prawidłowo wytypowane do samochodu marki Opel Vectra 2,8 GTS 250 KM 2007 r. VIN: W0L0ZCF6881045507 z systemem IDS+. {pismo Zamawiającego z 29 maja 2014 r.}

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący piśmie z 2 czerwca 2014 r. przyznał, że omyłkowo, wskutek pośpiechu związanego z przygotowaniem oferty, wpisał w poz. 1 i 2 działu LVIII formularza kalkulacji cenowej amortyzatory przednie producenta KYB jako amortyzatory do samochodu marki Opel Vectra 2,8 GTS 250 KM 2007 r. VIN: W0L0ZCF6881045507. W piśmie Odwołujący wyjaśnił również, że omyłka ta była

niezamierzona, a przyczynić do niej mogło się to, że generalnie, co do zasady, firma KYB oferuje amortyzatory przednie również do samochodów marki Opel Vectra 2,8 GTS 250 KM 2007, jednak w pewnych rzadkich wyjątkach, do których należy Opel Vectra z nr VIN: W0L0ZCF6881045507 z systemem IDS+, firma KYB, jak i żaden z innych producentów z wyjątkiem firmy Opel – producenta samochodu Opel Vectra 2,8 GTS 250 KM 2007, takich amortyzatorów nie produkuje, co można ustalić z uwzględnieniem okoliczności jaką jest informacja o systemie IDS+, która to informacja nie była podana w SIWZ (w załączniku nr 6.1.). W wyjaśnieniach Odwołujący wskazał jednocześnie, że ww. niezgodność z SIWZ podlega poprawieniu jako tzw. „inna omyłka” w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp – na co przedstawił uzasadnienie prawne i faktyczne. {pismo Odwołującego z 2 czerwca 2014 r.}

Pismem z 3 czerwca 2014 r. (doręczonym Odwołującemu faksem w tym dniu) Zamawiający zawiadomił, że dokonał poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, przez wykreślenie w poz. 1 i 2 działu LVIII formularza kalkulacji cenowej dla amortyzatorów przednich producenta KYB i wstawienie w to miejsce amortyzatorów przednich marki Opel, oraz pouczył o prawie sprzeciwienia się wskazanej czynności poprawienia w terminie trzech dni. {pismo Zamawiającego z 3 czerwca 2014 r.}

Pismem z 3 czerwca 2014 r. przekazany faksem Odwołujący poinformował, że wyraża zgodę na poprawienie swojej oferty w powyższy sposób. {pismo Odwołującego z 3 czerwca 2014 r.}

Pismem z 11 czerwca 2014 r. Zamawiający powiadomił, że wycofuje się z dokonanej wcześniej czynności poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, a także zawiadomił o odrzuceniu oferty (oraz dwóch pozostałych ofert) i unieważnieniu przetargu w zakresie części I zamówienia. {pismo Zamawiającego z 11 czerwca 2014 r.}. W ww. piśmie jako powód odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał na niemożność poprawienia jej niezgodności z SIWZ w poz. 1 i 2 działu LVIII formularza kalkulacji cenowej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp

Odwołujący podał, że z analizy treści przekazanego mu uzasadnienia wynika, że braku możliwości poprawienia jego oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp Zamawiający upatruje zasadniczo w dwóch okolicznościach: po pierwsze – w braku możliwości poprawienia niezgodności w poz. 1 i 2 działu LVIII formularza kalkulacji cenowej samodzielnie przez Zamawiającego, bez udziału Odwołującego; po drugie – w tym, że zmiana nazwy producenta w ofercie prowadzi do wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy i przez to jest sama w sobie zawsze zmianą istotną oferty.

Odwołujący podniósł, że oba wskazane powyżej powody są całkowicie błędnie

przywołane w okolicznościach niniejszej sprawy.

{ad 1}

Jeżeli chodzi o powód pierwszy, Odwołujący przypuszcza, że Zamawiający opiera się w tej kwestii na wypracowanej w orzecznictwie wskazówce, w myśl której omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności {wyrok Izby z 20 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 11/09}. Odwołujący, nie negując wskazanego poglądu, wskazał jednak, że formułowany na tej podstawie wniosek Zamawiającego, że niezgodności w poz. 1 i 2 działu LVIII formularza kalkulacji cenowej oferty nie są możliwe do poprawienia samodzielnie przez Zamawiającego, jest całkowicie błędny. Zamawiający, wbrew swoim twierdzeniom podnoszonym w uzasadnieniu odrzucenia oferty, posiadał wszystkie dane niezbędne do poprawienia oferty w wyżej wskazanym zakresie.

SIWZ (kolumna 3 tabeli załącznika nr 6.1.) wymagała podania wyłącznie nazwy proponowanego producenta, bez dodatkowych szczegółów. Jak już zasygnalizowano wyżej, dla samochodu marki Opel Vectra 2,8 GTS 250 KM 2007r. z numerem VIN: W0L0ZCF6881045507 i z systemem IDS+ możliwe jest zaoferowanie wyłącznie oryginalnego amortyzatora firmy Opel. Wiedza o tym fakcie wynika w pierwszej kolejności z powszechnie dostępnego programu serwisowego producenta pojazdu Opel (według Odwołującego dostęp do tego programu u autoryzowanego dealera marki Opel jest możliwy dla Zamawiającego jako klienta będącego właścicielem wspomnianego pojazdu. Po podaniu podanego nr nadwozia W0L0ZCF6881045507 program ów pokazuje, w zakładce z amortyzatorami przednimi, rysunek z prawidłowymi numerami oryginału producenta pojazdu, wraz z informacją, że we wskazanym pojeździe zastosowano system IDS+. {dowód: zrzut ekranu z programu serwisowego Opel autoryzowanego dealera w Szczecinie} Posiadając informację, że w samochodzie marki Opel Vectra 2,8 GTS 250 KM z 2007 r. o nr VIN: W0L0ZCF6881045507 zastosowany jest system IDS+ i przeglądając pod tym kątem ogólnodostępne katalogi producentów amortyzatorów, według Odwołującego należy stwierdzić, że żaden producent na tzw. „aftermarket” (obiegowa nazwa na określenie rynku części zamiennych pojazdów samochodowych) nie produkuje amortyzatorów przednich możliwych do użycia jako część zamienna dla samochodu Opel Vectra 2,8 GTS 250 KM z 2007 r. o nr VIN: W0L0ZCF6881045507 z systemem IDS+. Można je nabyć tylko i wyłącznie jako oryginalne amortyzatory firmy Opel. {dowód: opinia biegłego rzeczoznawcy samochodowego mgr inż. K. B. (RS 000383)}

Tym samym, a co Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach udzielonych Zamawiającemu pismem z 2 czerwca 2014 r., omyłkowe wpisanie do formularza kalkulacji cenowej oferty

w poz. 1 i 2 działu LVIII firmy KYB jako producenta amortyzatorów przednich do samochodu Opel Vectra 2,8 GTS 250 KM 2007 r. dla numeru VIN: W0L0ZCF6881045507, można poprawić tylko w jeden sposób, tj. wykreślić podaną tam nazwę KYB i wstawić w te miejsca nazwę producenta oryginalnego amortyzatora, tj. amortyzatora producenta samochodu firmy Opel, ponieważ w tym konkretnym przypadku nie ma możliwości zaoferowania amortyzatora innego producenta.

Zdaniem Odwołującego okoliczność, że w wyjaśnieniach z 2 czerwca 2014 r. w pewien sposób zwrócił uwagę na powyższe aspekty i możliwość poprawienia jego oferty, nie może być traktowane w taki sposób, że Odwołujący był dla Zamawiającego jedynym (wyłącznym) źródłem informacji co do tego, jaką nazwę producenta można podać w miejsce amortyzatorów KYB, gdyż jest okolicznością notoryjną, że amortyzatorami przednimi do samochodu Opel Vectra 2,8 GTS 250 KM z 2007 r. dla numeru VIN: W0L0ZCF6881045507 z systemem IDS+ mogą być jedynie amortyzatory marki Opel. Z tego też względu wyjaśnienia Odwołującego należy traktować wyłącznie w kontekście zwrócenia uwagi Zamawiającego na jedynie możliwy sposób poprawienia, gdzie dane składające się na sposób tego poprawienia Zamawiający może pozyskać ze źródeł nie pochodzących od Odwołującego jako wykonawcy składającego ofertę, która ma zostać poprawiona.

Odwołujący podniósł, że „inne omyłki”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie są pojęciem tożsamym z pojęciem „omyłki pisarskiej”. Z tego też względu, w myśl powszechnie aprobowanych poglądów doktryny i orzecznictwa, nie jest wykluczona możliwość dokonania poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp na podstawie informacji uzyskanych od samego wykonawcy, a przydatnych do ewentualnego poprawienia omyłek w ofercie celu uzyskania jej zgodności z SIWZ. W wyroku Izby z 5 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 959/09) stwierdza się wprost: (...) *zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. jak najbardziej może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, o których stanowi ust. 1 powołanego przepisu, zmierzającym do ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz charakteru i rodzaju, czy samej potrzeby wprowadzenia ewentualnych zmian w jej treści.* Kolejne orzeczenie Izby w tej kwestii – wyrok z 11 maja 2012 r. (sygn. akt KIO 838/12) idzie jeszcze dalej, wskazując, że: (...) *Możliwość samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłki, bez udziału wykonawcy to wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia jednoznacznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., który wprost takiej przesłanki nie wyraża. Stosowanie tej wytycznej przez zamawiających w praktyce eliminuje ryzyko naruszenia wynikającego z art. 87 ust. 1 p.z.p. zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty, jak również gwarantuje przestrzeganie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej*

konkurencji pomiędzy nimi (...) powyższe nie oznacza jednak braku możliwości uprzedniego zastosowania instytucji wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Wręcz przeciwnie, skorzystanie przez zamawiającego z art. 87 ust. 1 p.z.p. może być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla stwierdzenia, w jaki sposób należałoby ją poprawić. {podkreślenie Odwołującego}

Odwołujący podniósł, że granicą korzystania z wyjaśnień wykonawcy w procesie stosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp jest zakaz prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty (art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy pzp). Zdaniem Odwołującego udzielone przez niego 2 czerwca 2014 r. wyjaśnienia nie stanowią negocjacji treści oferty, gdyż nie istnieje możliwość (konieczny element każdej negocjacji) zaproponowania innego niż Opel producenta amortyzatorów przednich w poz. 1 i 2 działu LVIII formularza kalkulacji cenowej tabeli w załączniku nr 6.1 do SIWZ.

{ad 2}

Odwołujący podniósł na wstępie, że pogląd, według którego zmiana nazwy producenta jest zawsze zmianą istotną oferty, z którego Zamawiający czyni swego rodzaju dogmat, nie jest jako przesłanka literalnie wyrażoną w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. W wyroku Izby z 11 maja 2012 r. (syn. akt KIO 851/12) stwierdza się, iż: (...) *ustawodawca dał możliwość zamawiającemu dokonania poprawy omyłek w nieograniczonym zakresie, byle tylko poprawy nie powodowały istotnych zmian w treści oferty (....)*. Tym samym, o tym czy poprawienie w ofercie „innej omyłki” będzie dopuszczalne na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie jest taki czy inny rodzaj (nazwa) omyłki, lecz to, czy jej poprawienie będzie prowadzić do istotnych zmian oferty.

W doktrynie i orzecznictwie zamówień publicznych powszechnie przyjmuje się, iż ocena, czy zmiana oferty wskutek poprawienia stwierdzonych w niej „innych omyłek” ma charakter istotny decydują okoliczności konkretnego przypadku. W myśl stanowiska wyrażonego w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09) to, co na gruncie okoliczności jednej sprawy (jednego postępowania o udzielenie zamówienia) jest zmianą istotną oferty, nie musi być wcale zmianą istotną oferty na gruncie innej sprawy (na gruncie innych okoliczności).

Zamawiający – choć obszernie przytacza w uzasadnieniu odrzucenia oferty fragmenty orzeczenia Izby z 7 czerwca 2011 r. (sygn. akt. KIO 1105/11), i za tym orzeczeniem podaje, że podany w ofercie producent, co do zasady (poza pewnymi wyjątkami, które w przypadku, jak rozumie Odwołujący, jego oferty miałyby nie zachodzić), nie podlega poprawieniu ani jako omyłka pisarska, ani jako inna omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp – w żaden sposób nie uzasadnia, na czym opiera swoje

twierdzenie, iż w okolicznościach niniejszego przetargu poprawienie nazwy producenta amortyzatorów przednich w poz. 1 i 2 LVIII formularza kalkulacji cenowej naszej oferty akurat nie może być objęte wyjątkiem sygnalizowanym ww. orzeczeniem Izby.

Według Odwołującego analiza wyroku w sprawie KIO 1105/11 wskazuje, że tezy w nim zawarte dotyczą zasadniczo odmiennego stanu faktycznego. Czym innym jest brak podania w ofercie nazwy producenta oprogramowania, których to producentów jest wielu, a czym innym okoliczności niniejszej sprawy, gdzie producentem amortyzatorów w poz. 1 i 2 działu LVIII formularza kalkulacji cenowej oferty (poz. 1 i 2 działu LVIII tabeli załącznika nr 6.1 do SIWZ) do samochodu Opel Vectra 2,8 GTS 250 KM z 2007 r. dla numeru VIN: W0L0ZCF6881045507 może być wyłącznie (jedyne) firma Opel, w sytuacji, gdy Zamawiający dysponował wszystkimi danymi pozwalającymi na dokonanie powyższych ustaleń, a tym samym poprawienie oferty samodzielnie, bez udziału Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego ważnym miernikiem oceny, czy dokonane poprawienie omyłki w ofercie jest zmianą istotną w tej ofercie jest miernik zakresu (ilości) zmian jakie należy wprowadzić w celu poprawienia omyłki w stosunku do całości oferty w celu uzyskania zgodności z SIWZ. Nie jest zmianą istotną taka ingerencja Zamawiającego w treść oferty, której zakres (ilość zmian) jest niewielka w stosunku do całości oferty (wyrok Izby z 3 lutego 2009 r., sygn. akt: KIO 88/09, KIO 89/08).

W ocenie Odwołującego z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku jego oferty. Na ogólną liczbę ponad 3200 rodzajów wymaganych do zaoferowania części zamiennych kwestionowana przez Zamawiającego ingerencja w treść oferty, w celu usunięcia wyżej wskazanych omyłek w nazwie producenta amortyzatorów przednich, dotyczyłaby zaledwie dwóch pozycji asortymentowych. Nawet po uwzględnieniu potrzeby poprawienia oferty w dodatkowych dwóch (a właściwie jednej pozycji) asortymentowej, wskazanej Zamawiającemu w wyjaśnieniach z 2 czerwca 2014 r. (końcowe akapity), a której to możliwości poprawienia Zamawiający nie kwestionuje, łączna ilość ingerencji nie przekracza trzech pozycji asortymentowych, jest zatem niemalże śladowa w stosunku do całości oferty i przedmiotu zamówienia.

W opinii Odwołującego w okolicznościach niniejszej sprawy, uwzględniając również wskazany wyżej zakres (ilość) zmian, nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że poprawienie nazwy producenta amortyzatorów przednich stanowić będzie wytworzenie na tyle nowego, zupełnie odmiennego oświadczenia woli, które będzie zmieniało ofertę w stopniu istotnym. Kwalifikator „istotnych zmian”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, należy odnosić do całości treści oferty, a konsekwencję tych zmian należy oceniać biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty.

Przedstawiając powyższe, Odwołujący zaznaczył, że nie neguje w żadnym wypadku faktu, że informacja o nazwie producenta części zamiennych miała być w ofercie podana (wymóg działu VI ust. 3 pkt 2) SIWZ przedłożenia „wypełnionego i podpisanego” formularza kalkulacji cenowej na załączniku 6.1. SIWZ}. Natomiast zmiana informacji o nazwie producenta amortyzatorów przednich nie prowadzi – jak twierdzi Zamawiający – do złożenia nowego, czy zupełnie odmiennego oświadczenia woli, które wypaczałoby sens pierwotnego oświadczenia woli składającego się na złożoną Zamawiającemu ofertę.

Według Odwołującego to, że zmiana dotyczy części przedmiotowej oferty nie może przesądzać automatycznie o tym, że jest niedopuszczalna na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Orzecznictwo i doktryna dopuszcza przecież możliwość dokonywania w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nawet takich zmian w przedmiocie oferty, których skutkiem będzie zmiana ceny.

Na marginesie powyższego Odwołujący dodał, że na gruncie przedmiotowego przetargu informacja o nazwie producenta części zamiennych (choć wymagana przez SIWZ) nie ma waloru informacji tego rodzaju, że każda jej zmiana jest zmianą istotną oferty, również i z tego powodu, że warunki przetargu (SIWZ) przewidywały pewną ocenę właściwości przedmiotu oferowanych części zamiennych do pojazdów szczegółowo wskazanych w załączniku 6.1. SIWZ już na etapie po dokonaniu wyboru oferty. Analizując dokładnie treść zapisów działu III SIWZ (opis przedmiotu zamówienia), w opinii Odwołującego uprawniony jest wniosek, że oczekiwania i interesy Zamawiającego stanowiące podstawę wszczęcia przetargu (tzw. cel przetargu) sprowadzają się niewątpliwie do zaopatrywania go w fabrycznie nowe i wolne od wad części zamiennych do wskazanych przez niego pojazdów samochodowych, przez sukcesywną ich sprzedaż i dostarczanie. Postanowienia § 3 ust. 7 i 8 wzoru umowy wskazują jednak, że ocena zgodności z SIWZ zaoferowanych części zamiennych przeniesiona została *de facto* na etap realizacji umowy o zamówienie publiczne, a nie na etap oceny oferty. Argument ten wzmacnia również to, że zgodnie z § 5 ust. 2 lit e. wzoru umowy dopiero wraz z pierwszym dostarczeniem części zamiennych (a więc po zawarciu umowy o zamówienie) wykonawca ma obowiązek przedstawić załącznik nr 1 do umowy rozszerzony o dodatkową kolumnę zawierającą numery katalogowe producentów części zamiennych zaproponowanych w ofercie.

Odwołujący wywiódł również, że obok spełnienia przesłanki braku istotności zmiany w ofercie wskutek poprawienia jej niezgodności z SIWZ, warunkiem zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp jest również to, aby niezgodność oferty z SIWZ miała charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści (tak np. w wyroku Sądu Okręgowego Krakowie, sygn. akt XII Ga 429/09).

Odwołujący zastrzegł, że choć Zamawiający nie kwestionuje omyłkowego charakteru

dostrzeżonej w ofercie niezgodności z SIWZ, z ostrożności procesowej wskazuje również na spełnienie i tej przesłanki.

Odwołujący oświadczył, że jest profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, od wielu lat dystrybuującym części zamienne do pojazdów samochodowych. Racjonalnie brak jest zatem podstaw do przypisania mu próby świadomego zaoferowania części zamiennych firmy KYB niepasujących do samochodu Opel Vectra 2,8 GTS 250 KM z 2007 r. dla numeru VIN: W0L0ZCF6881045507. Jak wskazano Zamawiającemu w wyjaśnieniach z 2 czerwca 2014 r., fakt wpisania w formularzu kalkulacji cenowej amortyzatorów przednich tej firmy wynikał jedynie z pewnego pośpiechu w przygotowywaniu oferty. Okoliczność ta nie ma jednak znaczenia w procesie oceny działania jako omyłki. Nie ma również potrzeby szczególnego wykazywania stanu świadomości Odwołującego w ramach przygotowywania i składania oferty.

Jak wskazano w wyroku Izby z 30 listopada 2011 r. (sygn. akt KIO 2463/11): (...) *warunkiem dokonania stosownego poprawienia treści oferty jest wystąpienie omyłki w ofercie objawiającej się niezgodnością treści oferty z SIWZ. Dla przyjęcia jej wystąpienia bynajmniej nie ma potrzeby odwoływania się do stopnia „nieświadomości” wykonawcy, co do niezgodności treści jego oferty z SIWZ, czy istnienia pewności zamawiającego, co do rzeczywistych intencji wykonawcy w trakcie przygotowywania oferty lub genezy i przyczyn powstania danej niezgodności oferty z SIWZ. Należy przyjąć tu możliwie szerokie rozumienie terminu omyłka użytego w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.* {podkreślenie Odwołującego}

Zdaniem Odwołującego powyższa teza jest jak najbardziej słuszna w tej sprawie, gdyż składając ofertę obejmującą ponad 3 200 części zamiennych, brak jest racjonalnie uzasadnionego powodu, dla którego miałby w niektórych przypadkach celowo i świadomie zaoferować części zamienne nieodpowiadające wymaganiom SIWZ.

Odwołujący dodał, że na argument domniemania racjonalności działania wykonawcy przystępującego do przetargu przez złożenie oferty, jako jedną z dyrektyw oceny nakazującej uznanie za omyłkę, a nie świadome zaoferowanie ewentualnych niezgodności tej oferty z SIWZ, zwróciła uwagę Izba w wyroku z 3 stycznia 2014 r. (sygn. akt KIO 2877/13), wskazując, iż: *Z doświadczenia życiowego można stwierdzić, że racjonalnie myślący wykonawca nie składa oferty, która podlega odrzuceniu.*

Odwołujący wskazał również, że na rzecz maksymalnie szerokiego kwalifikowania różnego rodzaju niezgodności z SIWZ jako „inne omyłki” w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp przemawia również wykładnia historyczna wynikająca z *ratio legis* wskazanego przepisu. Zwrócono na nią uwagę w wyroku Izby z 5 stycznia 2012 r. (sygn. akt: KIO 2753/11, KIO 2760/11), w którym stwierdza się: (...) *celem przepisu (art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.) jest*

zapobieganie odrzucaniu ofert merytorycznie prawidłowych, z powodu niedokładności czy uchybień niewielkiej wagi. Należy przy tym zwrócić uwagę, że przepis ten nie zabrania wprowadzania jakichkolwiek zmian w treści oferty (...)

Odwołujący podsumował, że zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, który Zamawiający przywołał jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, odrzuceniu podlega wyłącznie oferta nieodpowiadająca treści SIWZ i to pod warunkiem, że nie jest możliwe doprowadzenie tej oferty do stanu „odpowiadania” (zgodności) z SIWZ w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Wyżej wskazana argumentacja zdaniem Odwołującego jednoznacznie wskazuje, że w odniesieniu do jego oferty Zamawiający miał możliwość (podstawy) poprawienia istniejących w niej omyłek w celu uzyskania pełnej zgodności z SIWZ, gdyż wynik takiego poprawiania nie stanowiłby istotnych zmian w tej ofercie. W tej sytuacji art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek poprawiania omyłki w ofercie. Zaniechanie Zamawiającego w tej kwestii narusza wskazany przepis, a w konsekwencji również art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

{co do nieuprawnionego unieważnienia przetargu}

Odwołujący podniósł na wstępie, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego możliwe jest wyłącznie w przypadkach wyraźnie dopuszczonych ustawą pzp.

Czynność unieważnienia przetargu Zamawiający oparł na podstawie prawnej z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dopiero w sytuacji rzeczywistego braku ofert niepodlegających odrzuceniu. Odwołujący wywiódł, że wobec wskazanych wyżej argumentów na rzecz istnienia podstaw do poprawienia jego oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, a tym samym braku podstawy do odrzucenia jego oferty, czynność unieważnienia przetargu została dokonana z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp.

1 lipca 2014 r. Zamawiający przesłał faksem, a 2 lipca 2014 r. złożył w formie pisemnej na posiedzeniu pisemną odpowiedź na odwołania {pismo z 1 lipca 2014 r.}, w której wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, Zamawiający podtrzymał stanowisko, że treść oferty Odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ, czego nie można było poprawić podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią SIWZ wymagał, aby wykonawcy załączyli do oferty wypełniony i podpisany załącznik nr 6.1 do SIWZ pn. „Formularz kalkulacji

cenowej”, podając cenę i producenta zaoferowanej części, która winna być kompatybilna z konkretnym samochodem wskazanym w przedmiotowym formularzu. Odwołujący w formularzu w dziale LVIII w poz. 1 i 2, tj. amortyzator przód P i L strona do pojazdu Opel Vectra 2.8 GTS 250 KM z 2007 r. VIN: W0L0ZCF6881045507 z systemem IDS+, zaoferował amortyzator producenta KYB (czyli Kayaba) do zawieszenia standardowego, tj. bez systemu IDS+ {dowód nr 1}, który – jak sam stwierdził zarówno w wyjaśnieniach, jak również w treści odwołania – nie może być zastosowany we wskazanym samochodzie, albowiem nie spełnia parametrów określonych w SIWZ, z uwagi na fakt, że nie jest kompatybilny z opisanym powyżej pojazdem. Zaoferowany przez Odwołującego amortyzator producenta KYB istnieje na rynku, jednakże ma zastosowanie wyłącznie do standardowego zawieszenia, na co wskazuje również jego cena. Zamontowanie zaoferowanego przez Odwołującego amortyzatora bez systemu IDS+ spowodowałoby uruchomienie trybu awaryjnego w samochodzie.

Zamawiający dodał, że zarówno w wyjaśnieniach złożonych 2 czerwca 2014 r. w trybie art. 87 ust. 1 pzp, jak i w odwołaniu Odwołujący podał, że ww. producent został błędnie przez niego podany w ofercie i nazwa KYB w kolumnie „proponowany producent” nie jest prawidłowa – przyznając się do pewnej niestaranności w przygotowaniu oferty spowodowanej pośpiechem – podając jednocześnie innego producenta, którym jest Opel. W ocenie Zamawiającego nie można tutaj mówić o pośpiechu związanym z małą ilością czasu na przygotowanie oferty, gdyż wszyscy wykonawcy mieli wystarczająco dużo czasu, bo aż 2 miesiące, na rzetelne sprawdzenie informacji i właściwe przygotowanie ofert (tym bardziej, że uczestniczyli już w postępowaniach ogłaszanych przez Zamawiającego w poprzednich latach i bardzo dobrze znają specyfikę rynku części samochodowych).

Zamawiający podniósł, że poprawienie oferty nie może *de facto* stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, w tym przypadku przez zmianę producenta polegającej na zmianie zaoferowanego amortyzatora KYB do zawieszenia standardowego, tj. bez systemu IDS+, na amortyzator Opel z systemem IDS+ do zawieszenia aktywnego. Stąd zdaniem Zamawiającego oferta Odwołującego nie podlega w tym zakresie poprawieniu. Zamawiający dodał, że przedmiotowa informacja stanowi część oferty i jej zmiana byłaby zmianą dotyczącą przedmiotu świadczenia, a więc istotną. Według Zamawiającego z tego też powodu uznaje się w orzecznictwie i piśmiennictwie, że podany w ofercie producent – co do zasady (poza pewnymi wyjątkami, które w tym przypadku nie zachodzą) – nie podlega poprawieniu ani jako omyłka pisarska, ani inna omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp {w odpowiedzi na odwołanie wskazano na wyrok w sprawie o sygn. akt. KIO 1105/11}.

Zamawiający dodał, że dokonanie zmiany producenta na podstawie udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień stanowiłoby zmianę treści uprzednio złożonej oferty, a taka zmiana jest niedopuszczalna {w odpowiedzi na odwołanie wskazano na wyrok w sprawie o sygn. akt. KIO 509/12}. Ponadto według Zamawiającego godziłoby to w naczelną zasadę równego traktowania wykonawców i stanowiłoby niezachowanie uczciwej konkurencji podczas czynności badania i oceny ofert oraz wyjaśnień.

Zamawiający wywiódł, że nie znajduje potwierdzenia w rzeczywistości podnoszona w odwołaniu okoliczność, że dla samochodu marki Opel Vectra 2.8 GTS 250 KM z 2007 r. o nr VIN: W0L0ZCF6881045507z systemem IDS+ możliwe jest zaoferowanie wyłącznie oryginalnego amortyzatora firmy Opel. Zamawiający podniósł w tym zakresie następujące okoliczności i powołał następujące dowody.

Wykonawca ARMAPOL K. A. podał jako producenta zaoferowanych amortyzatorów firmę Sachs {dowód nr 2}, co więcej również Zamawiający w użytkowanych przez siebie samochodach marki OPEL Vectra z systemem IDS+ stosuje amortyzatory przednie firmy Sachs {dowód nr 3}.

Ponadto informacje uzyskane z różnych kanałów dystrybucji przez Zamawiającego, a dotyczące amortyzatorów do ww. pojazdu – które nie znalazły się wśród wybiórczo wymienionych katalogów w opinii biegłego rzeczoznawcy załączonej do odwołania – ze strony internetowej firmy Monroe {dowód nr 4} oraz ze strony czeskiego dystrybutora Autokseft firmy Sachs {dowód nr 5}, potwierdzają, że producentów na rynku części zamiennych, których dopuścił Zamawiający w SIWZ może być kilku, a zatem więcej niż jeden. Mogą to być też indywidualne zamówienia składane producentom części przez firmę Opel lub koncern General Motors dla firmy Opel, nieobjętych masową produkcją części.

Zamawiający zauważył, że Odwołujący powołuje się na wyłącznie na jedno źródło – autoryzowany serwis Opla w Szczecinie i program serwisowy, z którego korzysta.

Zamawiający stwierdził, że badając rynek dystrybucji na podstawie dostępnych informacji w Internecie powszechnie wiadomym jest, że koncerny samochodowe takie jak Opel (General Motors), VW, BMW, Nissan, Mercedes etc. składają w swoich fabrykach pojazdy m.in. z części produkowanych przez różnych producentów części na świecie, ale firmowanych znakiem towarowym danego koncernu samochodowego np. GM – General Motors, VW czy BMW. Przykładem są firmy Monroe, Sachs czy Kayaba (w skrócie KYB), które produkują amortyzatory do samochodów różnych marek, lub np. Bosh czy Siemens, które produkują elementy urządzeń elektrycznych do samochodów różnych marek na świecie, o czym doskonale wie również Odwołujący. Dla potwierdzenia powyższego argumentu Zamawiający powołał się na wydruk ze strony internetowej międzynarodowej

firmy Tenneco i Monroe {dowód nr 6}, produkującej oryginalne części (OE – Original Equipment}, m.in. amortyzatory i kompletne elementy systemu aktywnego zawieszenia, której klientem na rynek europejski jest właśnie koncern General Motors i należący do niego Opel, jak i inne koncerny samochodowe, takie jak m.in. BMW, Daimler AG, Fiat, Ford Motor, VW, Porsche, Renault czy Toyota.

Odnosząc się do zarzutu nieuprawnionego unieważnienia przetargu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp, Zamawiający podtrzymał stanowisko, że miał prawo na dokonanie powyższej czynności ze względu na okoliczność odrzucenia wszystkich trzech ofert złożonych na część I zamówienia przez wykonawców: ALEX sp. j. A. D. K. D., Inter- Cars S.A. i Armapol K. A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż ich treść nie odpowiadała treści SIWZ, czego nie można było poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Pismem z 26 czerwca 2014 r. Zamawiający poinformował, że 17 czerwca 2014 r. przesłał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony przez Odwołującego – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp, nie zostały w tym zakresie złożone odmienne wnioski.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

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

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, przeprowadzając dowody

z dokumentów w zakresie niezbędnym do rozpoznania zarzutów odwołania, które w szczególności zostały przywołane powyżej w odwołaniu {s.i.w.z., oferta Odwołującego, pismo Inter Cars, pisma Zamawiającego i Odwołującego w toku badania oferty Odwołującego, zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania} lub w odpowiedzi na odwołanie {fragment oferty Armapol} a także z protokołów prac komisji przetargowej oraz z protokołu postępowania.

Izba dopuściła również inne dowody wnioskowane przez Strony w toku postępowania odwoławczego, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej oraz znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów zawartych w odwołaniu. Po pierwsze – załączone do odwołania: wydruk z programu serwisowego oraz opinię eksperta powołanego przez Odwołującego. Po drugie – załączone do odpowiedzi na odwołanie wydruki ze stron internetowych, w takim zakresie w jakim zostały złożone wraz z tłumaczeniem na język polski lub zostały przetłumaczone w toku rozprawy, gdyż zgodnie z § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280, z późn. zm.) wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W zakresie nieprzetłumaczonym {na rozprawie przez Odwołującego, który wywodził z wydruków przedstawionych przez Zamawiającego określone wnioski} Izba wzięła pod uwagę wnioskowane przez Zamawiającego dowody co do występowania w nich oznaczenia IDS+, względnie nr produkcyjnego lub katalogowego części zamiennych.

Izba ustaliła uzupełniająco w stosunku do odwołania następujące okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania:

Na podstawie treści s.i.w.z. Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale III – Opis przedmiotu zamówienia zawarł w szczególności następujące postanowienia:

1. Przedmiotem umowy są sukcesywne dostawy wraz z wyładunkiem (zgodnie z potrzebami zamawiającego) fabrycznie nowych i wolnych od wad części zamiennych do sprzętu transportowego KWP w Szczecinie.

Wielkość i zakres zamówienia tj. wykaz części oraz ich szacunkową ilość zawierają formularze kalkulacji cenowej odpowiednio dla każdej części zamówienia stanowiące załączniki nr 6.1, 6.2 i 6.3 do siwz.

2. Przedmiot zamówienia został podzielony na trzy części tj.:

- część I – części do aut osobowych, furgonów i osobowo-terenowych; (...)

Zamawiający dopuszcza złożenie oferty na jedną lub kilka części.

3. Dostawy przedmiotu umowy odbywać się będą sukcesywnie, transportem Wykonawcy, na jego koszt i ryzyko do magazynów Zamawiającego mieszczących się w:

a) Stacji Obsługi Samochodów Nr 1, ul. Wernyhory 5, Szczecin,

b) Stacji Obsługi Samochodów Nr 2, ul. Szczecińska 21a, Koszalin.

Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza zobowiązany jest dostarczyć wraz z pierwszą dostawą tabelę w układzie jak załącznik nr 1 do wzoru umowy rozszerzoną o dodatkową kolumnę, zawierającą numery katalogowe producentów części zaproponowanych w formularzu kalkulacji cenowej.

4. Szczegółowe wymagania odnośnie dostaw, odbioru, warunków gwarancji i płatności przedmiotu zamówienia określone zostały we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 7.1 i 7.2 do siwz odpowiednio dla części zamówienia.

Ponadto zamawiający określa wymagania odnośnie dostaw odpowiednio dla części zamówienia:

Część I – części do aut osobowych, furgonów i osobowo-terenowych:

Zamawiający wymaga, aby części zamienne będące przedmiotem zamówienia były fabrycznie nowe, kompletne, charakteryzowały się najwyższą jakością i trwałością oraz należały do jednej z niżej wymienionych grup w rozumieniu § 2 pkt 21 i 22 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 08 października 2010 r. (Dz. U. z 2010 r. Nr 198, poz. 1315) w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję:

a) części samochodowe fabrycznie nowe oryginalne – to części o tej samej jakości, co komponenty stosowane do montażu pojazdu samochodowego przez producenta pojazdu, wytwarzane zgodnie z ustalonymi przez producenta pojazdu specyfikacjami i standardami produkcyjnymi, dotyczącymi produkcji komponentów lub części do danej marki pojazdu samochodowego, w tym również części zamiennych produkowanych na tej samej linii produkcyjnej, co komponenty lub części. Przyjmuje się, że części zamienne są oryginalne, jeżeli ich producent zaświadczy, że zostały wytworzone zgodnie ze specyfikacjami i standardami produkcyjnymi, ustalonymi przez producenta pojazdu i są tej samej jakości, co części stosowane w procesie montażu pojazdu. Muszą one być oznakowane logo-znakiem towarowym producenta pojazdu i zawierać przynajmniej na opakowaniu numer katalogowy;

b) części zamienne o porównywalnej jakości – to części zamienne, których producent zaświadczy, że są one tej samej jakości co komponenty, które są lub były stosowane do montażu danych pojazdów samochodowych. Muszą one być oznakowane przynajmniej na

opakowaniu numerem części wg producenta danej części.

(...)

Zgodnie z rozdziałem IV termin wykonania zamówienia określono jako 24 miesiące od zawarcia umowy.

Zamawiający w pkt 3 rozdziału VI określił, że wykonawcy mają dołączyć do oferty następujące dokumenty:

1) Wypełniony i podpisany formularz oferty cenowej wraz z oświadczeniami (załącznik nr 1 do siwz).

2) Wypełniony/e i podpisany/e formularz/e kalkulacji cenowej stanowiący/e załącznik nr 6.1, 6.2 i 6.3 do siwz odpowiednio do części, na którą Wykonawca składa ofertę.

(...)

Ponadto w rozdziale X s.i.w.z. – Opis przygotowania oferty – Zamawiający zawarł w szczególności następujące postanowienia:

1. Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Wykonawcy sporządzą oferty zgodnie z wymaganiami siwz.

3. Oferta cenowa musi być sporządzona na formularzu oferty, według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do siwz.

4. Na ofertę składają się: oferta cenowa oraz wszystkie pozostałe wymagane dokumenty (w tym oświadczenia, załączniki, itp.) zgodnie z rozdziałem VI Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (siwz).

(...)

Z kolei w rozdziale XII – Opis sposobu obliczenia ceny – znalazły się w szczególności następujące postanowienia:

1. Cenę ofertową należy podać w walucie polskiej z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

2. Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić w cenie oferty cały zakres i wielkość przedmiotu zamówienia, odpowiednio dla części na którą składa ofertę oraz wymagania określone w siwz oraz uwzględnić stawki podatku VAT zgodnie z przepisami.

3. Cena ofertowa powinna wynikać z kalkulacji opracowanych i wycenionych na podstawie w szczególności opisu przedmiotu zamówienia, oraz istotnych postanowień we wzorze umowy z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku odpowiednio dla części na którą Wykonawca składa ofertę.

Cena oferty powinna wynikać z wyceny poszczególnych pozycji formularza kalkulacji cenowej będącego załącznikiem nr 6.1, 6.2, 6.3 do siwz odpowiednio dla części na którą Wykonawca składa ofertę.

4. Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić w cenie oferty zakres w opisie przedmiotu zamówienia oraz wycenić wszystkie pozycje formularza kalkulacji cenowej stanowiący załącznik nr 6.1, 6.2, 6.3 do siwz odpowiednio dla części zamówienia, na którą Wykonawca składa ofertę.

Załącznik nr 6.1 do s.i.w.z. stanowi *Formularz kalkulacji cenowej dla części I zamówienia*, który zawiera zestawienie kilku tysięcy części zamiennych rozpisane dla poszczególnych – zidentyfikowanych przez podanie marki, modelu, wersji silnikowej, roku produkcji, nr VIN – 87. pojazdów (działy od I do LXXXVII) oraz dodatkowe zestawienie materiałów dodatkowych do naprawy sprzętu transportowego (dział LXXXVIII). Dla każdej pozycji (części zamiennej) Zamawiający podał jej nazwę, a także szacunkową zamawianą ilość, zamieszczając pod tabelą uwagę, że faktyczna wielkość zamówień będzie uzależniona od rzeczywistych potrzeb.

W szczególności dział LVIII zawiera zestawienie 33. części zamiennych do Opla Vectry 2,8 GTS 250 KM z 2007 r. o nr VIN: W0L0ZCF6881045507, w tym w poz. 1 i 2 dotyczą amortyzatora przedniego, odpowiednio prawego i lewego, szacunkowo zamawianych w liczbie po jednej sztuce.

Pozostałe kolumny tabeli do wypełnienia przez wykonawcę składającego ofertę zostały opisane w następujący sposób: *Proponowany producent* {kolumna trzecia}, *Cena netto za szt.* {kolumna piąta} oraz *Wartość netto [kol. 4 x kol. 5]* {kolumna szоста}.

Załącznik nr 7.1 do s.i.w.z. stanowi wzór umowy dla części I zamówienia i zawiera w szczególności następujące uregulowania.

§ 2. *Przedmiot umowy* zawiera postanowienia analogiczne do zawartych w pkt 1 i 4 rozdziału III s.i.w.z., z tym że wypełniony przez wykonawcę formularz kalkulacji cenowej stanowi tu załącznik nr 1 do umowy.

§ 3 *Tryb świadczenia dostawy*:

1. *Dostawy przedmiotu umowy odbywać się będą sukcesywnie, transportem Wykonawcy, na jego koszt i ryzyko do magazynów Zamawiającego mieszczących się w:*

a) *Stacji Obsługi Samochodów Nr 1, ul. Wernyhory 5, Szczecin,*

b) *Stacji Obsługi Samochodów Nr 2, ul. Szczecińska 21a, Koszalin.*

(...)

7. *Zamawiający zastrzega sobie prawo do odmowy przyjęcia dostarczonego asortymentu w przypadku stwierdzenia przy odbiorze, że dostarczone produkty są niezgodne z zamówieniem lub postanowieniami niniejszej umowy.*

(...)

§ 4 *Prawa i obowiązki Zamawiającego*:

(...)

2. *Faktyczna wielkość zamówień składanych w ramach umowy wynikać będzie z rzeczywistych potrzeb zamawiającego w tym zakresie, w ramach kwoty, o której mowa w § 7 ust. 1.*

3. *Zamawiający zastrzega sobie prawo do zażądania dokumentów potwierdzających, że dostarczony asortyment jest oryginalny lub porównywalnej jakości.*

(...)

§ 5 Prawa i obowiązki Wykonawcy:

2. *Wykonawca zobowiązuje się do:*

- a. niezmienności cen wynikających z Załącznika nr 1 do umowy przez okres trwania umowy,*
- b. dostarczania części producentów wskazanych w Załączniku nr 1 do umowy,*

(...)

d. realizacji umowy z należytą starannością

e. dostarczenia wraz z pierwszą dostawą tabeli w układzie jak załącznik nr 1 do umowy rozszerzonej o dodatkową kolumnę, zawierającą numery katalogowe producentów zaproponowanych w formularzu kalkulacji cenowej.

3. *Zamawiający dopuszcza możliwość dostarczenia asortymentu innego niż wskazany w Załączniku nr 1 do umowy w przypadku zdarzenia niezależnego od Wykonawcy polegającego na wycofaniu lub zakończenia produkcji danego rodzaju asortymentu w trakcie obowiązywania umowy. Wykonawca musi przedstawić pismo od producenta danego asortymentu, w którym zostanie potwierdzony ten fakt. Przy czym zaproponowany asortyment będzie:*

- a. co najmniej w tej samej klasie jakościowej,*
- b. pochodził □ z tej samej grupy producenckiej,*
- c. cena pozostanie bez zmian,*
- d. asortyment będzie dostarczany do końca trwania umowy lub do wyczerpania kwoty z umowy, zgodnie z §2.*

W zakresie oferty złożonej przez ALEX Izba ustaliła, że została ona złożona z ceną 1.149.981,86 zł, przy wartości netto 934.944,60 zł, w tym po 139,97 zł netto za każdy z amortyzatorów przednich do Opla Vectry 2,8 GTS 250 KM 2007 r. o nr VIN: W0L0ZCF6881045507, dla których jako proponowanego producenta wpisano: KYB.

9 maja 2014 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez ALEX jako najkorzystniejszej w części I zamówienia.

W piśmie z 15 maja 2014 r. wykonawca Inter Cars zgłosił Zamawiającemu szereg zastrzeżeń co do oferty złożonej przez ALEX, które zdaniem wykonawcy powinny być wzięte pod uwagę w trakcie jej oceny. Generalnie wykonawca zarzucił, że ALEX w wielu pozycjach formularza cenowego dotyczących pojazdów, których Zamawiający posiada najwięcej oferuje ceny wyższe od cen dla klientów hurtowych. Natomiast odmienny sposób kalkulowania – polegający zaoferowaniu wielu części znacznie poniżej kosztów zakupu – wykonawca dostrzegł dla pojazdów, do których Zamawiający kupuje części sporadycznie. Dla obu kategorii w piśmie sprecyzowano szereg przykładów.

Ponadto wykonawca podniósł, odnośnie drugiej z kategorii przypadków, co następuje: *Część LVIII poz. 1 i 2 amortyzatory przednie – zaoferowane amortyzatory firmy KAYABA są nieprawidłowo wytypowane do pojazdu podanego przez Zamawiającego. Firma Kayaba nie posiada w swojej ofercie amortyzatorów do tego modelu. W samochodzie marki Opel Vectra 8 GTS 250 KM 2007r. VIN: W0L0ZCF6881045507 zamontowane jest zawieszenie aktywne z systemem IDS+. Cena oferowanych amortyzatorów (przeznaczonych do standardowego zawieszenia) znacznie odbiega od ceny amortyzatorów przeznaczonych dla tego modelu.*

20 maja 2014 r. Zamawiający, w związku z uznaniem zasadności zarzutów zawartych w piśmie Inter Cars, podjął decyzję o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 9 maja 2014 r.

29 maja 2014 r. Zamawiający – działając na podstawie art. 87 ust. 1 pzp – wezwał ALEX do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty tj. formularz kalkulacji cenowych w następującym zakresie: *Czy oferowane przez Wykonawcę w dziale LVII poz. 1 i 2 amortyzatory firmy KAYABA są prawidłowo wytypowane do pojazdu Opel Vectra 8 GTS 250KM 2007r vin W0L0ZCF6881045507 z systemem IDS+, prosimy o przedstawienie dowodów potwierdzających prawidłowo wytypowane części do ww. pojazdu.*

W określonym terminie w piśmie z 2 czerwca 2014 r. ALEX złożył wyjaśnienia zawierające analogiczną, jak w późniejszym odwołaniu, argumentację prawną i faktyczną.

Pismem z 3 czerwca 2014 r. Zamawiający zawiadomił ALEX o poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp omyłki polegającej na niezgodności oferty z s.i.w.z. przez poprawienie w poz. 1 i 2 w dziale LVIII w kolumnie 3 „proponowany producent” niezgodnego z s.i.w.z. opisu: „KYB” – na opis, który powinien być: „OE OPEL”.

Pismem z 11 czerwca 2014 r. Zamawiający zawiadomił ALEX o unieważnieniu – na podstawie art. 7 ust. 1 pzp – czynności poprawienia jego oferty z 3 czerwca 2014 r. – *w związku z przedwczesnym jej dokonaniem i zmianą stanu faktycznego po otrzymaniu wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę w dniu 02.06.2014 r. w przedmiotowym postępowaniu.*

Zamawiający zawiadomił również o odrzuceniu oferty Odwołującego, uzasadniając swoją decyzję w analogiczny sposób jak w odpowiedzi na odwołanie {nie licząc wywodów dotyczących podważania występowania wyłącznie oryginalnych amortyzatorów do systemu zawieszenia IDS+, który to argument pojawił się dopiero w odpowiedzi na odwołanie}.

Jednocześnie Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 3 pzp w zakresie części I zamówienia, w związku z odrzuceniem wszystkich trzech złożonych ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Zamawiający gdyż Zamawiający bezpodstawnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp 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 ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, która stanowi jedyne kryterium oceny ofert. Odwołujący kwestionując odrzucenie swojej oferty wykazał tym samym, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż pozbawiony został w ten sposób możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

W ocenie Izby Zamawiający błędnie odstąpił od dokonanej uprzednio czynności poprawienia oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Opisana w zawiadomieniu z 11 czerwca 2014 r. sytuacja nie uprawniała Zamawiającego do stwierdzenia definitywnej niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią s.i.w.z., a w konsekwencji do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp. Izba stwierdziła, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powołaniem się na art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, ostatecznie błędnie przyjmując, że nie znajdzie w tym przypadku zastosowanie odesłanie do art. 87 ust. 2 pkt 3

pzp, z którego wynika, że odrzuceniu podlega oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób nieusuwalny. Pomimo wskazania przez Zamawiającego na art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, zarówno treść tego dokumentu, jak i odpowiedzi na odwołanie świadczą o tym, że Zamawiający w toku badania oferty Odwołującego nie rozważył należycie możliwości skorygowania jej niezgodności z s.i.w.z. jako omyłki niepowodującej istotnej zmiany jej treści. Z uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego – które w pełni zostało podtrzymane w odpowiedzi na odwołanie – wynika w szczególności, że Zamawiający *a priori* uznał, że jakakolwiek zmiana w treści złożonej już przez Odwołującego ofercie stanowiłaby naruszenie zakazów wynikających z art. 87 ust. 1 zdanie drugie pzp. Tymczasem przepis ten – ustanawiając zakaz dokonywania jakiegokolwiek zmiany w treści złożonej oferty – zastrzega, że nie dotyczy to zmian wynikłych z poprawiania w ofercie omyłek zgodnie z ust. 2 art. 87 pzp.

Na wstępie rozważyć należy zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Z przepisu tego wynika, 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 jednostronnie 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. Jednakże nieskonkretyzowanie przez wykonawcę treści oferty w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, również może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Z tego względu w doktrynie prezentowany jest pogląd, że w zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Z kolei w judykaturze podobnie wskazuje się, że niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}. Nie ulega również wątpliwości, że niezależnie od charakteru 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). Jednakże nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie 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.

Przedmiotowe postępowanie {w zakresie części I zamówienia} dotyczy udzielenia zamówienia na sukcesywne dostawy przez 24 miesiące fabrycznie nowych części zamiennych do użytkowanych przez Komendę Wojewódzką Policji w Szczecinie samochodów, w szczególności osobowych. Zamawiający sprecyzował jak należy rozumieć

„fabrycznie nowe części zamienne” przez inkorporowanie do treści s.i.w.z. {w rozdziale IV pkt 4 lit. a) i b) oraz w § 2 ust. 2 lit a) i b) wzoru umowy} definicji zawartych w przywołanym powyżej rozporządzeniu {którego moc jako przepisów powszechnie obowiązujących wygasa z dniem 31 maja 2013 r.}. Wynika z nich, że Zamawiający zainteresowany jest nabyciem, co oczywiste, części zamiennych oryginalnych, czyli części zamiennych sygnowanych logotypem producenta pojazdu i oznaczonych przynajmniej na opakowaniu stosownym numerem katalogowym, co stanowi potwierdzenie, że są tej samej jakości, co części stosowane przy produkcji pojazdu. W ocenie Izby zamieszczona w s.i.w.z definicja części oryginalnych abstrahuje od faktycznego wytwórcy części, którym niekoniecznie musi być producent pojazdu, kładąc nacisk na powtarzalną jakość i parametry wynikające ze stosowania specyfikacji technicznych i standardów producenta pojazdu. Są to zatem zarówno identyczne części do tych, które zostały użyte do wyprodukowania pojazdu, jak i części produkowane zgodnie z reżimem technicznym ustalonym przez producenta pojazdu. Zamawiający dopuścił jednak również zaoferowanie części zamiennych nieoryginalnych o porównywalnej jakości, jeżeli ich producent potwierdza, że są takiej samej jakości, co części oryginalne. W przypadku części zamiennych nieoryginalnych nie są one w ogóle powiązane z producentem pojazdu, gdyż producent takich części potwierdza jedynie, że są one tej samej jakości co części użyte do produkcji pojazdu, bez oznaczenia ich znakiem towarowym producenta pojazdu, stosując na opakowaniu własne oznaczenie numeru części.

Zamawiający w instrukcji dla wykonawców określił, że poza wypełnionym formularzem oferty cenowej, w którym pojawia się jedynie całkowita cena oferty, należy złożyć wypełniony formularz kalkulacji cenowej, zawierający wycenę poszczególnych części zamiennych. Ten ostatni formularz, stanowiący *de facto* sprecyzowanie przedmiotu zamówienia jako dostawy asortymentu kilku tysięcy części zamiennych {według twierdzenia zawartego w odwołaniu, które nie było kwestionowane przez Zamawiającego łącznie w ramach części I zamawiane jest 3200 pozycji asortymentowych}, zawiera również kolumnę z opisem „Proponowany producent”. O ile oczywiste jest, że rubryka ta miała służyć do sprecyzowania producenta dla każdej z oferowanych części zamiennych, o tyle żadne inne postanowienie s.i.w.z. bezpośrednio nie określa, co dokładnie należy rozumieć przez „producenta części zamiennej”. Biorąc pod uwagę zastosowany przez Zamawiającego dychotomiczny podział części zamiennych na oryginalne części sygnowane przez producenta pojazdu i nieoryginalne pozostałe części innych producentów, logiczne i racjonalne wydaje się przyjęcie, że w pierwszym przypadku konieczne i wystarczające było wskazanie na fakt zaoferowania oryginalnej części producenta pojazdu, do którego jest przeznaczona {tzw. „OE”, skrót od ang. *original equipment*}, a w drugim przypadku – nazwy

producenta części nieoryginalnej. Skoro w przypadku oryginalnej części zamiennnej to właśnie producent samochodu potwierdza swoim logotypem ich należytą i powtarzalną jakość, nie ma znaczenia, kto był faktycznym jej wytwórcą. Z tego względu Zamawiający zastrzegł sobie w § 4 ust. 3 wzoru umowy uprawnienie do zażądania dokumentów potwierdzających, że dostarczany asortyment jest albo oryginalny, albo porównywalnej jakości, odpowiednio do wprowadzonego podziału części zamiennych na dwie rozłączne kategorie. W przypadku części oryginalnych dopełnienie obowiązku wynikającego ze zdania drugiego pkt 4 rozdziału III {a także z § 5 ust. 2 lit. e wzoru umowy} sprowadza się do podania nr katalogowego oryginalnych części producenta pojazdu, odmiennie niż w przypadku części nieoryginalnych, gdzie będzie to wyłącznie nr katalogowy stosowany przez ich producenta. W ocenie Izby trudno było przypuszczać, aby Zamawiający rościł sobie prawo do kontroli nad zmianą wytwórców oryginalnych części zamiennych producenta pojazdu, skoro z definicji w tym przypadku o ich powtarzalnej jakości, wynikającej ze stosowania specyfikacji i standardów produkcyjnych producenta pojazdu, świadczy oznaczenie ich znakiem towarowym producenta pojazdu i wskazanie na opakowaniu numeru katalogowego stosowanego przez producenta pojazdu. Z tego względu zdaniem Izby wyłącznie do części nieoryginalnych znajdzie zastosowanie § 5 ust. 3 wzoru umowy, dopuszczający możliwość zmiany dostarczanego asortymentu w stosunku do sprecyzowanego w ofercie, w razie zakończenia jego produkcji, pod warunkiem potwierdzenia tego faktu przez producenta wskazanego w formularzu cenowym.

Powyższe rozważania są konieczne z uwagi na stanowisko Zamawiającego, który na rozprawie oświadczył, że jako „proponowanego producenta” oczekiwał podania faktycznego wytwórcę części, niezależnie od tego, czy zaoferowana została część oryginalna czy nieoryginalna. Przede wszystkim w ocenie Izby w treści s.i.w.z. taka intencja Zamawiającego nie została nigdzie wprost ujawniona. Natomiast wyłącznie przy takim założeniu – jak się okazało na rozprawie – mogłoby się ostać zawarta w odpowiedzi na odwołanie próba podważenia twierdzenia Odwołującego, że w przypadku Opla Vectry 2.8 GTS 250 KM z 2007 r. z systemem zawieszenia IDS+ możliwe jest zaoferowanie wyłącznie oryginalnego amortyzatora producenta tego pojazdu {tzw. OE Opel}. Zamawiającemu – wbrew deklaracjom uczynionym w odpowiedzi na odwołanie – udało się udowodnić jedynie dwie okoliczności. Po pierwsze – niesporną okoliczność, że producenci samochodów, w tym Opel będący częścią koncernu General Motors {„GM”}, montują je w swoich fabrykach również z części produkowanych na ich zlecenie przez innych wytwórców, wśród których są m.in. Tenneco {właściciel marki Monroe}, Sachs czy Kayaba {„KYB”}. Po drugie – fakt, że aktualnie zamontowany w Oplu Vectra 2.8 GTS 250 KM z 2007 r. Zamawiającego o nr

VIN W0L0ZCF6881045507 amortyzator przedni, wyprodukowany przez Sachs, jest oryginalną częścią OE Opel, gdyż został opatrzony logo „GM”, a widniejący na nim nr produkcyjny jest tożsamy z nr produkcyjnym wynikającym ze zrzutu ekranu programu serwisowego, zarówno z załączonej do odwołania opinii rzeczoznawcy, jak i z odpowiedzi na odwołanie, przy czym na obu tych zrzutach widnieje ten sam nr katalogowy dla amortyzatora przedniego z systemem IDS+. Należy przy tym zauważyć, że – wbrew temu, co zostało zasugerowane w odpowiedzi na odwołanie – pozostałe zgłoszone dowody nie potwierdzają wcale, że producenci części zamiennych nieoryginalnych w rozumieniu s.i.w.z. produkują amortyzatory przednie do Opel Vectra 2.8 GTS 250 KM z systemem IDS+. W przypadku Tenneco-Monroe nawet nie zostało wykazane, że dla takiego samochodu w ofercie pod marką Monroe występują amortyzatory do przedniej osi {zgłoszony w odpowiedzi na odwołanie wniosek dowodowy został ostatecznie wycofany przez Zamawiającego na rozprawie}. Natomiast w przypadku przednich amortyzatorów marki Sachs typu Super Touring nie zostało wykazane, że są one przeznaczone do stosowania w pojeździe z systemem IDS+ {ani ta nazwa, ani stosowny nr produkcyjny lub katalogowy odpowiadający oryginalnej części nie został uwidoczniony na złożonych zrzutach z ekranu ze strony czeskiego dystrybutora marki Sachs}. Przy czym niesporna była pomiędzy Stronami okoliczność, że nie każdy Opel Vectra 2.8 GTS 250 KM generacji C dysponuje zawieszeniem z systemem IDS+. W konsekwencji nie każdy amortyzator przeznaczony do Opla Vectra 2.8 GTS 250 KM generacji C, nawet do zawieszenia o sportowej charakterystyce, jest amortyzatorem kompatybilnym z systemem IDS+. Wreszcie, odnośnie treści oferty Armapol, skądinąd odrzuconej, nie wiadomo, czy wykonawca wpisując jako proponowanego producenta Sachs miał na myśli w rzeczywistości oryginalną część zamienną, czy też zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami Zamawiającego, np. amortyzatory typu Super Touring. Kwestia ta nie była badana przez Zamawiającego.

W rezultacie zostały się wnioski ekspertyzy zamówionej przez Odwołującego, w której podsumowaniu stwierdzono, na podstawie sprawdzenia wszystkich dostępnych katalogów firm produkujących amortyzatory, tj. AC Delco, Bilstein, Corteco, Delphi, Eibach, Febi, Gabriel, Hart, Impergom, Kager, Kayaba, Magneti Marelli, Polcar, Raybestos, Sachs, Teknorot, Vaico, a także katalogu do wyszukiwania części do pojazdu Tedoc, że żadna z tych firm nie oferuje amortyzatorów przednich do Opla Vectra 2.8 GTS 250 KM z 2007 r. o nr VIN W0L0ZCF6881045507 wyposażonego w system zawieszenia IDS+, a na rynku występują wyłącznie oryginalne amortyzatory marki Opel.

Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że w ofercie złożone przez Odwołującego

zaistniała niezgodność z treścią s.i.w.z. polegająca na zaoferowaniu jako amortyzatorów do przedniej osi dla Opla Vectra 2.8 GTS 250 KM z 2007 r. Zamawiającego o nr VIN W0L0ZCF6881045507 standardowych amortyzatorów KYB producenta Kayaba, zamiast amortyzatorów przeznaczonych do zawieszenia z systemem IDS+. Zamawiający dowiedział się o tym z pisma innego wykonawcy, a Odwołujący potwierdził to w złożonych Zamawiającemu obszernych wyjaśnieniach. Tym niemniej Zamawiający poświęcił w uzasadnieniu odrzucenia, a następnie w odpowiedzi na odwołanie wiele miejsca na opisanie okoliczności ujawnienia się tej rozbieżności pomiędzy treścią s.i.w.z. a treścią oferty Odwołującego, jakby miało to przesądzać o konieczności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który wprost odsyła bezpośrednio do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp przed podjęciem takiej decyzji. Zamawiający powinien mieć świadomość, że *[w] realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią siwz, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 PZP stwierdzone nieprawidłowości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1-3 PZP. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. pkt 2 Pzp. {vide wyrok Izby z 5 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2743/11) oraz wyrok Izby z 29 lipca 2011 r. (sygn. akt 1514/11)}*

W szczególności należy zauważyć, że dla możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie ma znaczenia, czy wykonawca przyznał się do niedołożenia należytej staranności przy sporządzaniu oferty, ani czy miał na jej przygotowanie wystarczająco dużo czasu w ocenie prowadzącego postępowanie. Rozstrzygającego znaczenia nie ma również okoliczność, że – wbrew temu, co zasugerowano w odpowiedzi na odwołanie – opis poz. 1 i 2 z działu LVIII formularza cenowego wskazywał jedynie na amortyzatory osi przedniej, bez bezpośredniego wskazania, że chodzi o amortyzatory przeznaczone do systemu zawieszenia IDS+ – choć taki opis niewątpliwie byłby bardziej przejrzysty – a dopiero należało ustalić ten fakt na podstawie podanego nr VIN samochodu użytkowanego przez Zamawiającego.

Pozostaje zatem ocena, czy i w jaki sposób Zamawiający powinien dokonać skorygowania stwierdzonej przy udziale wykonawców uczestniczących w postępowaniu niezgodności w zakresie poz. 1 i 2 działu LVIII formularza cenowego pomiędzy opisem w s.i.w.z. wymagającym zaoferowania amortyzatorów przednich do systemem IDS+ a zaoferowaniem amortyzatorów przednich bez tego systemu.

Na wstępie 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: *W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich 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. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. 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 poprawiania 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. Może, a nie musi, gdyż 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.*

Tymczasem według Zamawiającego {vide uzasadnienie odrzucenia oferty i odpowiedź na odwołanie} zmiana wskazanego w ofercie nieoryginalnego amortyzatora marki KYB do standardowego zawieszenia na oryginalny amortyzator OE Opel do zawieszenia z systemem IDS+ stanowiłaby istotną zmianę treści oferty, gdyż dotyczy przedmiotu świadczenia. Zamawiający zdaje się negocjować w ten sposób jakąkolwiek zmianę treści oferty w zakresie przedmiotowo istotnym. Jednakże art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie ogranicza możliwości dokonywania zmian z punktu widzenia tego, czy dotyczą przedmiotowo lub podmiotowo istotnych albo nieistotnych elementów oferty, gdyż granicą dopuszczalności zmian jest to, nie stanowiła ona znaczącej ingerencji w treść oferty, która spowodowałaby

wytworzenie przez zamawiającego zupełnie nowej treści oświadczenia woli w stosunku do złożonego przez wykonawcę. Jak to słusznie wskazano w wyroku z 13 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2810/11): *[w] orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialia negotii (np. w celu uniknięcia tzw. „kazu lamp na obwodnicy Wrocławia”, czyli odrzucania ofert z powodu drobnych błędów w ich treści)*. Podobne stanowiska Izba zabrała w wyroku z 24 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO 2490/10) i w wyroku z 28 września 2010 r. (sygn. akt KIO 1978/10).

Zamawiający, co prawda, twierdził, że w tym przypadku poprawienie treści oferty w sposób, w jaki dokonał tego pierwotnie, powoduje wytworzenie zupełnie nowego oświadczenia woli, jednak nie był w stanie przedstawić żadnych konkretnych argumentów, a tym bardziej dowodów. Przede wszystkim Zamawiający zdaje się nie dostrzegać, że przedmiotem świadczenia w ramach części I zamówienia prowadzonego przez niego postępowania są nie tylko te dwie pozycje asortymentowe, ani nawet 33 pozycje asortymentowe części zamiennych do Opla Vectry 28, GTS 250 KM wyszczególnione w dziale LVIII formularza cenowego, a kilka tysięcy części zamiennych do kilkudziesięciu samochodów użytkowanych przez niego, które mają być dostarczane sukcesywnie przez okres 24 miesięcy od podpisania umowy. W konsekwencji odmiennie przedstawia się istotność zmiany dotyczącej dwóch spośród kilku tysięcy pozycji asortymentowych w ramach sukcesywnych dostaw części zamiennych do parku samochodowego, niż w sytuacji prezentowanej przez Zamawiającego, jakby owe dwie pozycje wyczerpywały zakres treści oferty. W kontekście tak rozumianej istotności należy rozpatrywać również wywiedzioną w odpowiedzi na odwołanie regułę jakoby podany w ofercie producent nie podlegał poprawieniu, ani jako omyłka pisarska, ani jako omyłka rachunkowa. Zamawiający całe swoje stanowisko w tym zakresie oparł na tezach zawartych w uzasadnieniu wyroku Izby z 7 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1105/11), które to orzeczenie zapadło w odmiennych okolicznościach faktycznych – braku właściwego sprecyzowania producenta oprogramowania części administracyjnej systemu informatycznego, który miał być wdrażany w szpitalu.

Zamawiający podniósł również do rangi zasady wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp możliwość samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłki, bez udziału wykonawcy. Tymczasem jest to wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia bezpiecznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3, 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 powziął wiedzę o zaistnieniu omyłki z pisma innego wykonawcy, a wątpliwości w tym zakresie zostały ostatecznie rozwiane przez samego Odwołującego, który potwierdził ten fakt, wyjaśnił przyczynę jej powstania, a także wskazał w jaki sposób powinna być jego zdaniem poprawiona. Zamawiający wpierw uczynił użytek z uzyskanej wiedzy, dając wiarę, że w przypadku amortyzatorów przednich z systemem IDS+ występują tylko oryginalne części zamienne, a następnie unieważnił dokonaną poprawę z powołaniem się na – bliżej niesprecyzowaną – zmianę okoliczności faktycznych, która jakoby miała zaistnieć po złożeniu wyjaśnień. Wydaje się, że jedyną zmianą było powstanie po stronie Zamawiającego wątpliwości, czy Odwołujący mógł zaoferować w tym zakresie wyłącznie oryginalne części zamienne. Jednakże Zamawiający w toku postępowania odwoławczego – jak to już powyżej wskazano – nie był w stanie wykazać, że stan rzeczy przedstawia się odmiennie, ostatecznie poprzestając na ogólnikowym stwierdzeniu, że jego zdaniem nie można wykluczyć istnienia nieoryginalnych amortyzatorów z systemem IDS+.

W ocenie składu orzekającego, niezależnie od braku wykazania powyższej okoliczności, Zamawiający przywiązuje do niej nadmierną wagę. Raz jeszcze należy zwrócić uwagę na fakt, że przedmiot zamówienia dotyczy dostaw sprecyzowanego asortymentu części zamiennych do konkretnych pojazdów użytkowanych przez Zamawiającego. Problem dotyczył amortyzatorów przednich przeznaczonych do Opla Vectry z 2007 r. wyposażonego w system zawieszenia IDS+. Specyfiką takiej sytuacji polega na tym, że powszechnie wiadomo o istnieniu oryginalnych części zamiennych, niepewne może być co najwyżej istnienie ich zamienników. Zamawiający mógł zatem samoistnie, bez korzystania z wiedzy zaczerpniętej z wyjaśnień Odwołującego, dokonać poprawienia tych spornych dwóch pozycji

przez wskazanie, że będą to oryginalne części zamienne („OE Opel”). Należy zauważyć, że 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.

W ten sam sposób należy odnieść się do podniesionego dopiero w toku postępowania odwoławczego argumentu, że amortyzator z systemem IDS+ jest droższy niż amortyzator standardowy. Należy zauważyć, że nikt, w tym Odwołujący, nie oczekiwał od Zamawiającego poprawienia ceny tych dwóch pozycji asortymentowych, a w konsekwencji podwyższenia ceny oferty. Zamawiający również do tego nie dążył, gdyż choć z pewnością jako użytkownik pojazdu marki Opel jest w stanie uzyskać informację o cenie oryginalnej części zamiennej, porzucił na nieudowodnionych twierdzeniach, że jest ona nawet dziesięciokrotnie wyższa. Na marginesie należy zauważyć, że nawet taka zmiana dla dwóch pozycji po jednej sztuce każda nie spowodowałaby istotnej zmiany ceny całej oferty. Przede wszystkim w ocenie składu orzekającego Izby nie do zaakceptowania byłoby odrzucenie oferty z tego powodu, że Zamawiający nie jest w stanie samodzielnie ustalić wartości pozycji dotyczącej dwóch pozycji spośród kilku tysięcy, o znikomym znaczeniu rzeczowym i wartościowym w stosunku do całości oferty. Wobec tego na przeszkodzie poprawieniu dwóch pozycji bez zmiany ich ceny nie stoi na przeszkodzie przypuszczenie – nawet uzasadnione, acz nieudowodnione – że gdyby Odwołujący przy wypełnianiu tych pozycji nie popełnił pomyłki, zostałyby one wycenione drożej, a w konsekwencji cena oferty potencjalnie mogłaby być wyższa. Biorąc pod uwagę jednoznaczne deklaracje Odwołującego brak podstaw do przypuszczenia, że stanie się to powodem braku jego zgody na dokonanie poprawienia tej omyłki w sposób, który z pewnością był dostępny Zamawiającemu. Na marginesie należy zauważyć, że okoliczność niskiego wycenienia przez Odwołującego pozycji zamawianych w niewielkich ilościach jest znana Zamawiającemu co najmniej od chwili otrzymania pisma wykonawcy Inter Cars.

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 nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażeń 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 *spozrzeżenie, 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 Zamawiającego, który z braku argumentów na rozprawie przyjął założenie, nie do udowodnienia w okolicznościach sprawy, że Odwołujący celowo złożył ofertę na amortyzatory nieodpowiadające wymaganiom opisu przedmiotu zamówienia, nieważne z jakiego powodu. Izba zważyła, że – jeżeli jakieś konkretne okoliczności nie wskazują co innego – należy przyjąć założenie odwrotne, 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. W ocenie składu orzekającego Izby z całokształtu złożonej przez Odwołującego oferty wynika wola zaoferowania realizacji całości zamówienia dotyczącego sukcesywnych dostaw części zamiennych do parku samochodowego posiadanego przez Zamawiającego, a zatem nie było przeszkód do poprawienia tej oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp w sposób, w jaki pierwotnie to uczynił.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 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) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które uwzględniono, w wysokości 3600 zł, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: