

WYROK

z dnia 27 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie **22 lipca 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **8 lipca 2016 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „BOWIM” S.A. z siedzibą w Sosnowcu, PASSAT-STAL S.A. z siedzibą w Białej**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zapewnienie dostaw rur okładzinowych oraz wydobywczych wraz z osprzętem dla potrzeb otworów wiertniczych realizowanych przez PGNiG S.A.* (nr postępowania ZP/PGNG/16/16/0207/GE/DWR)

prowadzonym przez zamawiającego: **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **S.C. SILCOTUB S.A. z siedzibą w Zalău (Rumunia) –** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu S.A. z siedzibą w Warszawie – unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty złożonej wspólnie przez „BOWIM” S.A. z siedzibą w Sosnowcu, PASSAT-STAL S.A. z siedzibą w Białej, a w ramach powtórzonych czynności – zawiadomienie tych wykonawców o poprawieniu niepowodującej istotnej zmiany treści oferty omyłki polegającej na wskazaniu dla rur okładzinowych z poz. 3 opisu przedmiotu zamówienia szablonowania standardowego 5,969”, zamiast wymaganego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szablonowania alternatywnego 6”.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża przystępującego – S.C. SILCOTUB S.A. z siedzibą**

w Zał u i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „BOWIM” S.A. z siedzibą w Sosnowcu, PASSAT-STAL S.A. z siedzibą w Białej** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **przystępującego – S.C. SILCOTUB S.A. z siedzibą w Zał u** na rzecz **odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „BOWIM” S.A. z siedzibą w Sosnowcu, PASSAT-STAL S.A. z siedzibą w Białej** kwotę **18750 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenia pełnomocnika i koszty dojazdu na posiedzenie.

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „PGNiG”} – 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 sektorowego na dostawę pn. *Zapewnienie dostaw rur okładzinowych oraz wydobywczych wraz z osprzętem dla potrzeb otworów wiertniczych realizowanych przez PGNiG S.A.* (nr postępowania ZP/PGNG/16/16/0207/GE/DWR). Przedmiot powyższego zamówienia objęty jest umową ramową zawartą z wykonawcami po przeprowadzeniu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (nr postępowania DPZP/271/2/PNR/2016).

Zarówno wartość umowy ramowej, jak i wartość zamówienia objętego aktualnie prowadzonym postępowaniem przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

28 czerwca 2016 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – „BOWIM” S.A. z siedzibą w Sosnowcu, PASSAT-STAL S.A. z siedzibą w Białej wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia {dalej również: „Konsorcjum Bowim”} – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez S.C. SILCOTUB S.A. z siedzibą w Zalău (Rumunia) {dalej również: „Silcotub”} oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum Bowim.

8 lipca 2016 r. Odwołujący wniósł w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego, któremu zarzucił następujące naruszenia ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez błędne przyjęcie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. Art. 87 ust. 1 – przez niewezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, podczas gdy Zamawiający powziął wątpliwość odnośnie jej integralności, a w konsekwencji błędnie przyjął, że oferta podlega odrzuceniu.
3. Art. 87 ust. 2 pkt 3 – przez zaniechanie poprawienia innej omyłki polegającej na rzekomej niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, a w konsekwencji błędne przyjęcie, że oferta podlega odrzuceniu. treść oferty Odwołującego nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Poprawienia innej omyłki w treści oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.
3. Ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;

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

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp Zamawiający podał, że *wymagał zgodnie z Załącznikiem nr1 do SIWZ-W szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla pozycji 3A: „Ruty okładzinowe i łączniki przejściowe 7” 11,51 mm muszą być fabrycznie szablonowane szablonem alternatywnym 6 ”zgodnie zPN-EN ISO 11960. Wykonawca zaoferował rury 7” 11,51 mm szablonowane standardowym szablonem (standard drift), tj. 5.969 (str. 30) co jest niezgodne z wymogami zawartymi w SIWZ, tym samym jego oferta podlega odrzuceniu.*

Konsorcjum Bowim jako jeden z wykonawców, z którymi zawarto umowę ramową, bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawczego w przedmiocie zapewnienia dostaw rur okładzinowych oraz wydobywczych wraz z osprzętem dla potrzeb wiertniczych realizowanych przez PGNiG S.A.

Zarówno w SIWZ dotyczącej postępowania prowadzonego w celu zawarcia umowy ramowej (str. 31), jak i w SIWZ w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia (str. 2 załącznika nr 1 do SIWZ) Zamawiający wskazał, że rury okładzinowe i łączniki przejściowe 7” 11,51 mm muszą być fabrycznie szablonowane szablonem alternatywnym 6” zgodnie z PN-EN ISO 11960.

Jednocześnie w SIWZ aktualnie prowadzonego postępowania Zamawiający wskazał, że wymaga złożenia od wykonawców:

- w pkt 4.2.1 – oświadczeń znajdujących się w formularzu ofertowym;
- w pkt 4.2.2.1 – opisu technicznego, który obejmuje 15 wyspecyfikowanych parametrów (lit. a-o), przy czym z wyliczenia tego nie wynika konieczność wskazania wartości szablonowania szablonem alternatywnym.

Odwołujący złożył w tym postępowaniu wykonawczym ofertę, w której treści:

- złożył oświadczenie, że zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wykonawczego (SIWZ-W) i przyjmuje je bez zastrzeżeń oraz, że zdobył konieczne informacje potrzebne do prawidłowego przygotowania oferty;

– złożył oświadczenia o wartościach wskazanych w pkt 4.2.2.1 SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że jednocześnie w powyższym oświadczeniu niepotrzebnie wskazał dodatkową wartość, która przez omyłkę nie została z tabeli usunięta, w postaci wartości szablonowania szablonem alternatywnym, w którym to miejscu pozostała wpisana tam uprzednio wartość 5.969".

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że w tych okolicznościach nieprawidłowo odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp bez zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp i art. 87 ust. 1 pzp.

Po pierwsze – oczywista omyłka polegająca na nieusunięciu zbędnego parametru z tabeli nie miała charakteru zasadniczego i nieusuwalnego. Wartość ta nie ma charakteru kluczowego w tym sensie, że jej zmiana nie wpływa na pozostałe parametry przedmiotu dostawy, jak również na cenę przedmiotu dostawy. Usunięcie omyłki było możliwe w drodze zastosowania art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Odwołujący oświadczył, że posiada również wymagane przez Zamawiającego oświadczenia z poprawną wartością szablonowania, z których wynika, że wskazanie odmiennego szablonowania nie zmienia pozostałych parametrów przedmiotu dostawy

Odwołujący podniósł ponadto, że również w ofercie złożonej przez Silcotub, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą) znajdują się dwa parametry szablonowania — 5.969" oraz 6.000", które mogłyby wskazywać na złożenie oferty wariantowej, ale które dają Zamawiającemu wiedzę, że zmiana szablonowania nie tylko nie wpływa na zmianę pozostałych wartości i parametrów przedmiotu dostawy, ale również nie wpływa na cenę przedmiotu dostawy.

Po drugie – zbędne umieszczenie w tabeli niewymaganego przez Zamawiającego parametru nie skutkowało niezgodnością zobowiązania ofertowego ze zobowiązaniem wymaganym przez Zamawiającego, gdyż Odwołujący wskazał *expressis verbis* w ofercie, że jest związany wszystkimi postanowieniami SIWZ, w tym również wartością szablonowania, stąd zbędna i błędnie wpisana wartość wina zostać uznana za irrelevantną w procesie badania ofert. Odwołujący wywiódł również, że błędne umieszczenie zbędnego parametru szablonowania nie może być uznane za celowe sporządzenie treści oferty w brzmieniu sprzecznym z wymaganiami SIWZ, ale za – jak to określił w jednym miejscu – oczywistą omyłką powstałą przez jego nieuwagę. W innym fragmencie Odwołujący podkreślił jednak, że choć przesłanki do podwinięcia oferty wynikają z oświadczenia o zaakceptowaniu warunków SIWZ, omyłki poprawiane w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 pzp nie muszą mieć charakteru oczywistego i może być poprzedzone zastosowaniem art. 87 ust. 1 pzp.

Po trzecie – zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającego ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. W związku z tym nieuprawnione jest działanie Zamawiającego, który arbitralnie odrzucił ofertę w sytuacji powzięcia wątpliwości co do jej treści (integralności oraz nadrzędności jednego oświadczenia nad drugim), Zamawiający powinien zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienia, bądź dokonać samodzielnie poprawy przez zmianę wartości lub jej całkowite usunięcie.

Pismem z 13 lipca 2016 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 11 lipca 2016 r. przesłał kopię odwołania drugiemu wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu.

14 lipca 2016 r. wpłynęło do Prezesa Izby w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym zgłoszenie przez Silcotub 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. W szczególności Izba nie stwierdziła, aby zgłoszenie zostało podpisane przez osobę nieuprawnioną do działania w imieniu Silcotub.

19 lipca 2014 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie {datowana na 18 lipca 2016 r.}, w której Zamawiający oświadczył, że – działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy pzp – uwzględni w całości zarzuty odwołania Konsorcjum Bowim.

Pismem z 21 lipca 2016 r. Przystępujący Silcotub zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Konsorcjum Bowim.

W ramach odniesienia się do argumentacji odwołania w pierwszej kolejności Przystępujący podał następujące informacje na temat przedmiotu zamówienia objętego sporem:

– rury okładzinowe są to wielkośrednicowe stalowe rury, połączone ze sobą i zapuszczone do uprzednio odwierconej sekcji otworu wiertniczego, stanowią główny element tworzący strukturę odwiertu;

- szablon rur jest jednym z najważniejszych parametrów używanych do charakterystyki rur okładzinowych, gdyż określa wymiar tzw. przelotu (prześwitu) tzn. minimalnej średnicy wewnętrznej rury okładzinowej i jest weryfikowany przez przeciągnięcie szablonu o znanym wymiarze przez całą długość sprawdzonej rury;
- rozmiary szablonów są zdefiniowane w normach międzynarodowych, w tym ISO 11960 Przemysł nawowy i gazowniczy – Rury stalowe używane jako rury okładzinowe lub wydobywcze w otworach wiertniczych), definiuje dwa typy szablonów: standardowy, przeznaczony dla wszystkich możliwych geometrii rur, oraz alternatywny, np. 6", który jest większy od standardowego i jest przeznaczony dla rur o ściśle określonych wymiarach;
- użycie standardowego szablonu o średnicy 5,969" zamiast szablonu alternatywnego o średnicy 6" może prowadzić do problemów przy zapuszczaniu do otworu świdra wiertniczego, a nawet do awarii polegającej na zaklinowaniu świdra w rurze,.

Zdaniem przystępującego określenie przez Zamawiającego zarówno w SIWZ postępowania na zawarcie umowy ramowej, jak i SIWZ aktualnie prowadzonego postępowania, że wymaga rur okładzinowych i łączników przejściowych, które muszą być fabrycznie szablonowane szablonem alternatywnym 6" ma kluczowe znaczenie dla Zamawiającego.

Przystępujący podniósł, że szablonowanie wpływa na zmianę parametrów przedmiotu dostawy oraz cenę, gdyż szablon alternatywny zostaje wytworzony w wyniku znacznie bardziej zaawansowanego pod względem kontroli (walcowanie, wymiarowanie), bardziej skomplikowanego procesu produkcyjnego niż szablon standardowy., co skutkuje większą liczbą odrzutów, a w konsekwencji większymi kosztami produkcji, co wpływa na podwyższenie ceny.

Zdaniem Przystępującego niezgodność treści oferty Odwołującego ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, a Zamawiający nie mógł jej usunąć na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż spowodowałoby to istotną zmianę treści oferty. Zamawiający nie musiał również korzystać z art. 87 ust. 1 pzp, gdyż jest to jego uprawnienie, a nie obowiązek, jego zastosowanie nie może prowadzić do jakichkolwiek zmian w treści oferty, a treść oferty Odwołującego pozostaje w oczywistej sprzeczności z SIWZ.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Natomiast zgłoszony wraz ze sprzeciwem wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 pzp Izba uznała za oczywiście niezasadny, gdyż sprowadzał się on do kwestionowania umocowania pełnomocnika do podpisania odwołania z

tego powodu, że opiera się na dwóch dokumentach pełnomocnictw z 7 lipca 2016 r., podpisanych odrębnie przez każdego z członków Konsorcjum Bowim.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, z uwagi na zgłoszony sprzeciw stosownie do art. 186 ust. 4 pzp sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Przystępującego i Zamawiającego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, sprzeciwie, 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 Konsorcjum Bowim możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, na co mogłoby liczyć, gdyby jego oferta nie została odrzucona.

Zarówno w s.i.w.z. obowiązującej w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej, jak i s.i.w.z. obowiązującej w tym postępowaniu {tzw. SIWZ-W} zakres przedmiotu zamówienia obejmuje różne rodzaje rur okładzinowych 7" gazoszczelnych, High Collapse, CAL IV, w tym rury okładzinowe 7" P110 22.51 mm, w odniesieniu do których sprecyzowano jako sztywny parametr techniczny, że muszą być one szablonowane szablonem alternatywnym 6" zgodnie z PN-EN ISO 11960.

Zarówno Konsorcjum Bowim, jak i Silcotub m.in. na takich warunkach zawarły umowę ramową, a w postępowaniu wykonawczym mogły zaoferować ten rodzaj rur z takim szablonem.

W pkt 4.2 SIWZ-W Zamawiający w celu potwierdzenia spełniania swoich wymagań wymagał zarówno złożenia w ofercie ogólnych oświadczeń o treści przygotowanej we wzorze formularza ofertowego, w tym o akceptacji SIWZ-W {pkt 4.2.1}, jak i opisu technicznego asortymentu w postaci opisu lub specyfikacji parametrów, w tym 15 wyszczególnionych parametrów dotyczących właściwości i cech połączenia gwintowanego oraz skręcania {pkt 4.2.2.1 lit. od a do o}.

Zarówno Konsorcjum Bowim, jak i Silcotub, poza złożeniem oświadczeń zawartych w formularzu ofertowym dla dopełnienia wymagania z pkt 4.2.1 SIWZ-W, w swoich ofertach przedstawili dla dopełnienia wymagania z pkt 4.2.2.1 karty techniczne producentów rur. W odniesieniu do poz. 3A w przypadku Silcotub jest to uniwersalna karta techniczna wyszczególniająca szereg parametrów spośród których dla szablonowania wyszczególniono alternatywnie zarówno szablonowanie standardowe (ang. standard drift) 5.969", jak i szablonowanie alternatywne (ang. special drift) 6.000". W ofercie Konsorcjum Bowim dla poz. 3A zamieszczono kartę katalogową, w której wśród szeregu innych parametrów wskazano szablonowanie standardowe 5,969".

Karta katalogowa producenta rur zaoferowanych przez Konsorcjum Bowim dla rur odpowiadających poz 3A różni się od karty złożonej w ofercie wyłącznie wskazaniem szablonowania specjalnego 6.000". Pozostałe parametry są takie same.

Izba dopuściła powyższym zakresie dowody z kart katalogowych w jęz. angielskim, zarówno znajdujące się w ofertach, jak i załączone do odwołania. Złożenie ich bez tłumaczenia nie miało znaczenia dla możliwości ich odczytania i zidentyfikowania parametrów, zwłaszcza, że obie strony nawiązywały do tych parametrów w swoich wystąpieniach pisemnych i ustnych, faktycznie dokonując ich tłumaczenia w niezbędnym zakresie.

Izba zważyła, że w powyżej ustalonych okolicznościach {które były niesporne} Zamawiający nieprawidłowo odrzucił ofertę Konsorcjum Bowim za stwierdzoną w jego ofercie niezgodność z treścią s.i.w.z. w odniesieniu do parametru szablonowania, gdyż podlegała ona obligatoryjnemu poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp jako omyłka nie powodująca istotnej zmiany treści oferty.

Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że w ofercie złożonej przez Odwołującego zaistniała niezgodność z treścią s.i.w.z. opisana w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia. Tym samym zbędne są zarówno wywody odwołania zmierzające do umniejszenia tego faktu, jak i wywody uzasadnienia sprzeciwu podkreślające ten fakt. Zamawiający pośpieszył się jednak z podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty, gdyż *[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)}

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.*

Tymczasem według stanowiska Przystępującego {vide uzasadnienie sprzeciwu} zmiana wskazanego w ofercie szablonowania standardowego na szablonowanie alternatywne stanowi istotną zmianę treści oferty, gdyż dotyczy przedmiotu świadczenia. Przystępujący *de facto* neguje w ten sposób możliwość jakiegokolwiek zmiany 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, jak to już powyżej zarysowano, aby 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 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).

W tej sprawie w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia poprawienie nie

spowoduje istotnej zmiany treści oferty, gdyż dotyczy zaledwie jednego z kilkunastu parametrów i to w odniesieniu do jednego z kilku asortymentów.

Należy zauważyć, że często jako regułę przesądzającą o zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp wskazuje się możliwość samodzielnego, 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 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.

W odniesieniu do (nieudowodnionego) twierdzenia, że wyprodukowanie rur z szablonowaniem alternatywnym jest znacząco droższe niż rur z szablonowaniem standardowym, Izba zauważa, że na przeszkodzie zastosowania instytucji z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie stoi na przeszkodzie przypuszczenie – choćby uzasadnione okolicznościami – że gdyby Odwołujący nie popełnił pomyłki co do szablonowania, rury zostałyby wycenione drożej, a w konsekwencji cena oferty potencjalnie mogłaby być wyższa.

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 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 dokonanym poprawieniu omyłki i ewentualny brak wyrażenie 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 *sposzrzeżenie, 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.

W ocenie składu orzekającego Izby z całokształtu okoliczności dotyczącej złożonej przez Odwołującego oferty, w tym uwzględniając, że jest ona składana na warunkach podpisanej umowy ramowej, która przewidywała szablونowanie alternatywne, wynika wola zaoferowania realizacji przedmiotu zamówienia na warunkach ustalonych w tym zakresie sztywno przez Zamawiającego, a zatem nie było przeszkód do poprawienia tej oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp w sposób, który był oczywisty.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu, gdyż Zmawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp i art. 87 ust. 2 pkt 3 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, z uwzględnieniem art. 186 ust. 6 pkt 3 pzp. W pierwszej kolejności zaliczając 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 stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b kosztami postępowania odwoławczego obciążono Przystępującego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a oraz b rozporządzenia – zasądzono na rzecz Odwołującego poniesione przez niego koszty z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby, wobec przedłożenia w tym zakresie do zamknięcia rozprawy stosownych rachunków.

Przewodniczący: