

Sygn. akt: KIO 4/17

**WYROK**  
**z dnia 20 stycznia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:           Paweł Trojan**

**Protokolant:               Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2017 r. przez wykonawcę **Almax – Dystrybucja Spółka z o.o., Panieńszczyzna, 21-002 Jastków** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Zespół Szkół Nr 7 w Rzeszowie, ul. Błogosławionej Karoliny 21, 35-119 Rzeszów** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa artykułów żywnościowych do Stołówki Szkolnej Zespołu Szkół nr 7 w Rzeszowie”

przy udziale wykonawcy **Poladex L. Z., M. Z. Spółka jawna, ul. Fryderyka Szopena 53F, 37-600 Lubaczów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania w wysokości **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - **Almax – Dystrybucja Spółka z o.o., Panieńszczyzna, 21-002 Jastków** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Almax – Dystrybucja Spółka z o.o., Panieńszczyzna, 21-002 Jastków** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od wykonawcy **Almax – Dystrybucja Spółka z o.o., Panieńszczyzna, 21-002 Jastków** na rzecz zamawiającego - **Zespół Szkół Nr 7 w Rzeszowie, ul. Błogosławionej Karoliny 21, 35-119 Rzeszów** kwotę w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przed Izbą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 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 Rzeszowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**U z a s a d n i e**  
**do wyroku z dnia 20 stycznia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 4/17**

Zamawiający – Zespół Szkół Nr 7 w Rzeszowie, ul. Błogosławionej Karoliny 21, 35-119 Rzeszów prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa artykułów żywnościowych do Stołówki Szkolnej Zespołu Szkół nr 7 w Rzeszowie”.

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 30.11.2016 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 355651.

W dniu 28.12.2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o rozstrzygnięciu postępowania w zakresie części IX, w tym o odrzuceniu oferty wykonawcy ALMAX – Dystrybucja Spółka z o.o.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 02.01.2017 r. w formie pisemnej przez wykonawcę ALMAX – Dystrybucja Spółka z o.o., Panieńszczyzna, 21-002 Jastków wobec następujących czynności Zamawiającego:

- (i) odrzuceniu oferty Wykonawcy Almax-Dystrybucja Sp. z o.o. z siedzibą w Panieńszczyźnie z powodu braku zgody na poprawę omyłek o których mowa w art. 87 ust.2 pkt 3
- (ii) dokonanie Wyboru oferty Wykonawcy Poladex Sp.J z siedzibą w Lubaczowie jako najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu..

II. Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- (i) art. 7 ust. 1 i ust. 3 PZP - poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny ofert
- (ii) art. 87 ust.2 pkt 3 PZP - poprzez mylne zastosowanie wskazanego artykułu w sytuacji kiedy oferta Odwołującego nie zawierała omyłek, które należało poprawić w trybie wskazanego przepisu
- (iii) art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego mimo, iż nie mógł on wydać zgody na poprawę omyłki, której nie popełnił.

(iv) art. 91 ust. 1 PZP w zw. z art. 2 pkt 5) PZP poprzez uznanie, że oferta Odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w zakresie zadania nr 9

III. W związku z powyższym wnosimy o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie:

- (1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
- (2) nakazania czynności badania i oceny ofert a w jej wyniku
- (3) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu a nie podlegających odrzuceniu, w zakresie zadania nr 9;
- (4) obciążenia kosztami postępowania Zamawiającego na rzecz Odwołującego, poprzez zasądzenie kwoty stanowiącej uzasadnione koszty Odwołujących się z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący w zakresie interesu w uzyskaniu zamówienia podniósł, że został on naruszony przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ oferta Wykonawcy jest ofertą najkorzystniejszą, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w zakresie zadania nr 9 , a w związku z tym winna być uznana za ofertę najkorzystniejszą. W konsekwencji, istnieje możliwość poniesienia szkody przez Wykonawcę, a co za tym idzie Wykonawca ma interes we wniesieniu odwołania.

#### UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie na zakup i dostawa produktów spożywczych, w którym Wykonawca złożył ofertę zgodną z treścią SIWZ i udokumentował spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 28 grudnia 2016 roku za pośrednictwem e -maila Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty oraz wyborze oferty Wykonawcy Poladex Sp. J. jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w zakresie zadania nr 9.

Wcześniej w dniu 16 grudnia Odwołujący został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej herbaty i w dniu 19 grudnia takich wyjaśnień udzielił. Wynikało z nich że została wyceniona z godnie z zapotrzebowaniem Zamawiającego 1 szt herbaty pakowanej w opakowaniach po 100 szt. Jednocześnie przekazane zostały Zamawiającemu przykładowe specyfikacje, w których różni Zamawiający pod pojęciem szt. mieli na myśli jedną saszetkę herbaty.

Zamawiający w dniu 21 grudnia poinformował Odwołującego, że poprawia jego oferty w taki sposób, że w miejsce ceny jednostkowej za szt. herbaty wskazuje jako poprawną cenę jednostkową pomnożoną przez 100 a następnie przelicza ofertę Odwołującego zgodnie z e wskazaną przez siebie ceną jednostkową.

W dniu 24 grudnia Odwołujący poinformował Zamawiającego, że nie może zgodzić się z taką poprawą omyłki bo według niego, taka omyłka nie została popełniona. W następstwie braku zgody na poprawę omyłki, Oferta Odwołującego została odrzucona w dniu 28.12.2016.

Biorąc pod uwagę podane okoliczności Odwołujący stoi na stanowisku, że czynność Zamawiającego polegająca na poprawie omyłki a następnie odrzuceniu oferty Odwołującego jest całkowicie bezpodstawna. Zgodnie z art. 15 ust. ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i prowadzi Zamawiający, w przepisie tym zawiera się też dyspozycja dotycząca art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, mówiąca o tym, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. W związku z tym, opis " Herbata expressowa - 100 szt. w opakowaniu typu Lipton lub równoważna11 a następnie wskazanie zapotrzebowania w szt. nie pozostawia żadnych wątpliwości że należało wycenić jedną szt. jedną saszetkę herbaty.

Odwołujący uważa, że gdyby Zamawiający miał na myśli wycenę 100 szt. herbaty winien użyć w jednostce zapotrzebowania w opakowaniach, pudełkach etc - czyli wyraźnie zaznaczyć, że ma na myśli jako szt. opakowanie zawierające 100 saszetek.

Zdaniem odwołującego potwierdzają przykładowe opisy przedmiotu zamówienia przesłane Zamawiającemu między innymi z Wojskowej Akademii Technicznej. Jednocześnie Odwołujący podniósł, iż zauważyć należy, że gdyby Zamawiający chciał zamówić mąkę pszenną pakowaną po 25 kg a następnie wskazał jako zapotrzebowanie 50 jednostek (kg) nie żądał by przecież wycenienia opakowań o masie 25kg.

Nadmienić także należy że całe uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego choć zawierające bogatą argumentację, w tym przypadku jest nietrafione gdyż omyłka o której pisze Zamawiający nie miała miejsca.

Odwołujący zaznaczył także na zakończenie uzasadnienia, że nie może odnieść się w pełni do rzetelności badania ofert przez Zamawiającego, gdyż mimo złożonego w dniu 29 grudnia 2016 wniosku do Zamawiającego o przesłanie scanu protokołu z postępowania wraz z kopią korespondencji prowadzonej w Wykonawcą Poladex Sp. J. do dnia złożenia odwołania, takich scanów nie otrzymał.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu**

**się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego, ofertami innych wykonawców w zakresie zadania nr IX oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

W związku ze skutecznym zgłoszeniem przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę Poladex L. Z., M. Z. Spółka jawna, ul. Fryderyka Szopena 53F, 37-600 Lubaczów Izba postanowiła dopuścić w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę. Dokonanie przez Zamawiającego poprawek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp spowodowało, że oferta Odwołującego klasyfikowała się na pozycji drugiej. W związku z powyższym Odwołujący nie wyraził zgody na dokonanie tych poprawek, co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ze względu na zaskarżenie powyższej czynności Izba stwierdziła, że w przypadku uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, oferty

pozostałych wykonawców złożonych w zakresie zadania nr IX, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

Zamawiający – Zespół Szkół Nr 7 w Rzeszowie, ul. Błogosławionej Karoliny 21, 35-119 Rzeszów prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa artykułów żywnościowych do Stołówki Szkolnej Zespołu Szkół nr 7 w Rzeszowie”.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 30.11.2016 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 355651.

Powyższe oznacza, iż do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy znowelizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych tj. ustawy zmienionej w związku z wejściem w życie z dniem 28.07.2016 r. nowelizacji zawartej w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

Zamawiający w § 3 SIWZ zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia” wskazał w pkt 1, że przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa – zgodnie z zapotrzebowaniem Zamawiającego – następujących artykułów spożywczych: nr części zamówienia 9 – „Różne produkty spożywcze, produkty przemiału ziarna, oleje i tłuszcze zwierzęce lub roślinne, warzywa przetworzone. W pkt 2 Zamawiający wskazał, że szczegółowy wykaz zamawianego asortymentu ujęty został w kalkulacji cenowej na poszczególne części zamówienia – w Formularzu cenowym – część C SIWZ.

Zamawiający w §14 SIWZ zatytułowanym „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny

ofert” wskazał w pkt 1, że Komisja przetargowa dokona oceny ofert wybierając ofertę najkorzystniejszą w oparciu o następujące kryteria: - dla części Nr I, II, IV, V, VI, VIII, IX, X kryterium: cena (netto) 100%.

W ramach przedmiotu zamówienia w części IX dostawy obejmowały „Różne produkty spożywcze, produkty przemiału ziarna, oleje tłuszcze zwierzęce lub roślinne, warzywa przetworzone”, zaś w poz. 61 formularza cenowego (Cz. C formularz cenowy) została wskazana „Herbata expressowa – 100 szt. w opakowaniu typu Lipton lub równoważna”. W kolumnie zatytułowanej „J.m.” wskazano „szt.” w kolumnie „Przewidywana ilość” wskazano „200”.

Izba ustaliła, że w części IX zamówienia oferty złożyło 3 wykonawców z następującymi cenami:

1. Hurtownia Wielobranżowa „RAJSKA” z siedzibą w Rzeszowie z całkowitą ceną za część IX zamówienia wynoszącą 97.974,90 złotych brutto oraz ceną jednostkową brutto za pozycję nr 61 wynoszącą 5,20 złotych i ceną sumaryczną wynoszącą 1039,01 złotych;
2. POLADDEX L. Z., M. Z. Spółka z jawna z siedzibą w Lubaczowie z całkowitą ceną za część IX zamówienia wynoszącą 97.784,46 złotych brutto oraz ceną jednostkową za pozycję nr 61 wynoszącą 11,56 złotych i ceną sumaryczną wynoszącą 2312,40 złotych;
3. Almax Dystrybucja Spółka z o.o. z siedzibą w miejscowości Panieńszczyzna z całkowitą ceną za część IX zamówienia wynoszącą 96.262,61 złotych brutto oraz ceną jednostkową za pozycję nr 61 wynoszącą 0,14 złotych i ceną sumaryczną wynoszącą 28,00 złotych.

Ponadto Izba ustaliła, że wykonawcy POLADDEX L. Z., M. Z. Spółka z jawna oraz Almax Dystrybucja Spółka z o.o. w ostatniej kolumnie formularza cenowego dla pozycji nr 61 podali jako oferowaną nazwę produktu „Lipton”.

Nadto Izba ustaliła, że wykonawca Almax Dystrybucja Spółka z o.o. w poz. 83 formularza cenowego „Wafle ryżowe naturalne – 130 g (14 wafli w opakowaniu) dla części IX zamówienia, gdzie określono w kolumnie zatytułowanej „J.m.” „szt.” i w kolumnie „Przewidywana ilość” wskazano liczbę „600” wskazał jednostkową cenę brutto w wysokości 2,23 złote i całkowitą cenę brutto 1338,00 złotych.

Izba ustaliła ponadto, że Zamawiający pismem z dnia 16.12.2016 r. zwrócił się do wykonawcy Almax Dystrybucja Spółka z o.o. o udzielenie wyjaśnień dotyczących sposobu przeliczenia ceny w poz. 61 formularza ofertowego dla części IX „Różne artykuły spożywcze (...)”, tj. poz. „herbata expressowa 100 szt. w opakowaniu typu Lipton lub równoważne”.



Izba ustaliła, że wykonawca Almax Dystrybucja Spółka z o.o. pismem datowanym na dzień 19.12.2016 r. wskazał, że wycenił zgodnie z zapotrzebowaniem Zamawiającego 1 szt. herbaty w opakowaniu po 100 szt. Wskazał ponadto, w nawiązaniu do rozmowy telefonicznej, zwraca uwagę, że była to jednostka zapotrzebowania podana przez Zamawiającego. Podniósł również, że w wielu postępowaniach spotkane są różne sposoby opisu przedmiotu zamówienia i na rynku są zamawiający, którzy w jednym postępowaniu.

Zamawiający pismem z dnia 20.12.2016 r. działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zawiadomił Odwołującego o poprawieniu w ofercie omyłki w pozycji „herbata expressowa 100 szt. w opakowaniu typu Lipton lub równoważne” jedn. miary – szt.; klasa 1, ilość: 200 (Zamawiający, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, wymagał wyceny dostawy 200 opakowań herbaty, po 100 szt. herbaty w każdym opakowaniu) czego konsekwencją jest:

- a) poprawienie oferty uwzględniając cenę jednostkową podaną przez Wykonawcę, netto 0,11 zł (za sztukę herbaty) x 100 szt. = netto 11,00 zł (za opakowanie), zaś kwota netto 11,00 zł (za opakowanie) x 200 (ilość opakowań) = 2200 złotych netto (za całą pozycję dot. herbaty expressowej);
- b) poprawienie oferty c. jedn. brutto na kwotę 13,53 (cena jednostkowa netto 11,00 zł powiększona o podatek VAT) oraz wartość brutto dla ww. pozycji dot. herbaty expressowej z kwoty 28,00 zł na kwotę 2706,00 zł;
- c) poprawienie kwoty ogółem oferty netto: z 88.722,53 zł na kwotę 90.900,53 zł;
- d) poprawienie kwoty ogółem oferty brutto: z 96.262,61 zł na kwotę 98.940,61 zł.

Zamawiający wskazał, że podstawą do dokonania przedmiotowej omyłki są wyjaśnienia Odwołującego z dnia 19.12.2016 r. (jednoznacznie wskazujące na wycenę 1 szt. herbaty a nie 100 szt. herbaty w opakowaniu, opakowań w opisie przedmiotu zamówienia wskazano 200), zachowania tożsamości oferowanego asortymentu, poprawienie tej omyłki nie powoduje istotnych zmian w ofercie.

Na zakończenie Zamawiający wskazał, że jeśli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia niniejszego zawiadomienia nie zgodzi się pisemnie na poprawienia ww. omyłki – oferta zostanie odrzucona.

Wykonawca ALAMX – Dystrybucja Spółka z o.o. pismem z dnia 24.12.2016 r. wskazał, że w odpowiedzi na pismo Zamawiającego datowane na dzień 20.12.2016 r. przekazane w dniu 21.12.2016 r. o poprawieniu w ofercie wykonawcy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – poprawy ceny jednostkowej herbaty, oświadcza, że nie może się na nią zgodzić. Wykonawca

ALMAX – Dystrybucja Spółka z o.o. wskazał, że stoi na stanowisku, że jest to nie uprawniona ingerencja w treść jego oferty lub modyfikacja SIWZ po upływie na składanie ofert.

W dniu 28.12.2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o rozstrzygnięciu postępowania w zakresie części IX, w tym o odrzuceniu oferty wykonawcy ALMAX – Dystrybucja Spółka z o.o. Jako najkorzystniejsza została uznana oferta wykonawcy POLADDEX L. Z., M. Z. Spółka z jawna uzyskując łączną sumę 300 punktów. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że odrzucił ofertę wykonawcy Almax Dystrybucja Spółka z o.o. na podstawie art. 89 ust. 7 ustawy Pzp wskazując, że wykonawca nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu prawnym Zamawiający przywołał m.in. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2010 r. sygn. akt KIO 702/10 wskazując, że wprowadzenie do ustawy Pzp przepisu art. 97 ust. 2 pkt 3 miało na celu odformalizowanie procedur wskazując jednocześnie, że w orzecznictwie przyjmuje się, iż w zakresie ww. omyłki fakt, że omyłka ta może ewentualnie mieć wpływ na cenę oferty, nie stanowi automatycznie przeszkody w jej poprawieniu. Zamawiający wskazał również, iż zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. „o porównywalności ofert można bowiem mówić dopiero wówczas gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł”. Nadto Zamawiający wskazał również na orzeczenia Izby wydane w sprawach prowadzonych pod sygn. akt KIO 339/12, KIO 883/12, KIO 881/16 i KIO 2647/10 wskazując, że zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp może odnosić się do ceny oferty, poprawieniu nie stoi na przeszkodzie fakt, że na skutek powyższego poprawiona oferta nie stanie się w ten sposób ofertą najkorzystniejszą, iż poprawienie nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty – nie dotyczy to jednak zmiany która będzie miała istotne znaczenie dla wyniku postępowania. Wskazał również, że elementem istotnym jest to, iż zamawiający ma możliwość samodzielnego dokonania poprawy, tzn. w ofercie zamieszczone są informacje, które umożliwiają mu dokonanie poprawy bez ingerencji wykonawcy oraz wprowadzenia do treści informacji z zewnątrz.

Na powyższą czynność wykonawca ALMAX – Dystrybucja Spółka z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **02.01.2017 r.** odwołanie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do

przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, iż na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający jest zobligowany do poprawienia w treści złożonych ofert innych omyłek powodujących niezgodność treści oferty z treścią SIWZ przy jednoczesnym uwzględnieniu ewentualnych konsekwencji rachunkowych wynikających z dokonanych poprawek,.

Następnie Izba wskazuje, iż w ramach środków ochrony prawnej ocenie pod kątem zgodności z przepisami ustawy Pzp podlegają czynności podmiotu zamawiającego. Jest to o tyle istotne, że badaniu podlega czynność podmiotu zamawiającego w ramach ustalonego stanu faktycznego, a więc w określonych zastanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznych okolicznościach.

Izba wskazuje, że w całej rozciągłości przychyła się do stanowiska Zamawiającego przedstawionego na rozprawie. Izba wskazuje, że w ramach orzecznictwa oraz doktryny wypracowana została zasada „porównywalności cenowej ofert” skutkującej dążeniem do takiego stanu rzeczy, aby w oparciu o kryteria oceny ofert (w szczególności kryterium odnoszące się do ceny – które było jedynym kryterium w zakresie zadania nr IX) badaniu i ocenie podlegały oferty mające za przedmiot ten sam zakres zamówienia. Nie można bowiem mówić o prawidłowej czynności badania ofert w oparciu o kryterium najniższej ceny jeżeli każdy z wykonawców dokonał wyceny innego zakresu przedmiotowego – jak miało to miejsce w odniesieniu do części IX zamówienia ze względu wycenę przez Odwołującego 200 krotnie mniejszego zakresu w odniesieniu do pozycji nr 61 formularza cenowego.

Odwołujący za zasadniczą kwestię wniesionego odwołania przyjął rozumienie postanowień poz. 61 formularza cenowego wskazując, iż w jego ocenie wykonawcy mieli za zadanie podanie ceny jednostkowej za 1 saszetkę herbaty ekspresowej i w konsekwencji dokonanie wyceny 200 szt. tychże saszetek. Przeciwnie stanowisko w zakresie rozumienia sposobu wyceny poz. 61 formularza cenowego prezentował Zamawiający twierdząc, że wykonawcy mieli za zadanie podanie ceny 1 opakowania herbaty ekspresowej liczącego 100 sztuk saszetek i podanie ceny sumarycznej za 200 sztuk opakowań (czyli łącznie 20.000 sztuk saszetek). Jako argument na poparcie swojego stanowiska Zamawiający wskazał, iż pozostali dwaj wykonawcy, którzy złożyli oferty w zakresie zadania nr IX, w taki sposób zrozumieli treść formularza cenowego, o czym świadczyły zaproponowane przez nich ceny jednostkowe i sumaryczne.

Izba w pierwszej kolejności wskazuje, iż rozumienie treści formularza ofertowego oraz w konsekwencji sposób wyceny pozycji nr 61 nie powinny nastręczać profesjonalnym wykonawcom żadnych trudności. Postanowienia ujęte w tym formularzu nie były wieloznaczne, zaś zasady logicznego rozumowania, w tym znajomość branży spożywczej i typowych zapotrzebowań na tego typu artykuły (w tym wypadku herbatę ekspresową), pozwalały na prawidłowe odczytanie intencji Zamawiającego. Na powyższe, jak słusznie wskazał Zamawiający w toku rozprawy, wskazuje chociażby sposób wyceny przez Odwołującego poz. 83 formularza obejmującego asortyment w postaci wafli ryżowych.

W ocenie Izby zasadniczą kwestią sporu była okoliczność zastosowania przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, która to czynność samoistnie była czynnością niezaskarżalną w postępowaniach poniżej progów UE. W ocenie Izby Zamawiający był zobligowany do przeprowadzenia przewidzianej przepisami ustawy Pzp procedury zmierzającej do takiego ukształtowania treści ofert złożonych w ramach tej samej części (przez poprawienie w złożonych przez wykonawców ofertach występujących tam omyłek) aby możliwe było dokonanie oceny tych ofert w oparciu o kryterium ceny w sposób porównywalny, miarodajny i pozwalający na uczynienie zadość zasadom wyrażonym w treści art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Prawidłowa ocena ofert w oparciu o kryterium ceny jest możliwa jedynie wówczas, gdy doszło przez wykonawców do wyceny tożsamego zakresu przedmiotowego. Aby osiągnąć ten stan, mający swoje źródło w odmiennym od pozostałych wykonawców ustaleniu przez Odwołującego sposobu wyceny pozycji nr 61 formularza cenowego w zakresie zadania nr IX, Zamawiający był zobligowany przepisami ustawy (art. 7 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3, w którym użyto zwrotu „Zamawiający poprawia w ofercie”) do wszczęcia określonej procedury i doprowadzenia postępowania do stanu zgodnego z prawem.

W tym miejscu zgodzić się należy z Zamawiającym, który wskazał, w toku rozprawy, że *Konieczność poprawki wynikała z faktu, iż tylko w taki sposób można było zagwarantować porównywalność złożonych ofert. Przy rozumieniu opisu w pozycji 61 zaprezentowanym przez odwołującego takiej porównywalności nie byłoby. Gdyby nawet przyjąć, że to odwołujący ma racje w interpretacji tej pozycji zamawiający byłby zmuszony dokonać analogicznych poprawek u dwóch innych wykonawców. Wówczas oferta odwołującego nie byłaby ofertą najtańszą i nie posiadałby on interesu we wniesieniu odwołania. Na zakończenie wskazuje, że gdyby nie zastosował art. 87 ust 2 pkt 3 musiałby odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 jako niezgodnej z treścią SIWZ.*

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż Zamawiający dokonując poprawienia w ofercie Odwołującego w poz. nr 61 formularza cenowego w zakresie zadania nr IX i odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w wyniku

otrzymania oświadczenia woli o braku zgody na dokonaną poprawkę nie naruszył wskazanych w treści odwołania przepisów, w tym nie naruszył również art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Wprost przeciwnie, zasady wyrażone w treści art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i wynikająca z nich zasada zapewnienia porównywalności cenowej ofert wymagały podjęcia przez Zamawiającego działań zmierzających do usunięcia rozbieżności pomiędzy wycenionym przez poszczególnych wykonawców zakresem przedmiotowym. Tylko w taki sposób mogło dojść do zapewnienia prawidłowej oceny ofert w oparciu o kryteria przewidziane w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ.

Decyzja, co do zakresu przedmiotowego zaoferowanego świadczenia oraz sposobu wyceny, nawet jednej pozycji asortymentowej, nie może zostać pozostawiona do uznania wykonawcy, gdyż takie działanie umożliwiłoby manipulowanie wynikiem postępowania przez swoiste „dookreślenie” ceny ofertowej po terminie składania oferta w zależności od uzyskanego przez tego wykonawcę miejsca w rankingu ofert. W tym zakresie swoboda kształtowania oświadczenia woli, co do wycenionego zakresu i ceny ofertowej nie mogła zostać pozostawiona wykonawcy, w szczególności w przypadku, gdyż na skutek wyjaśnień złożonych przez wykonawcę (pismo z dnia 19.12.2016 r.) Zamawiający powziął informacje, że wykonawca nie wycenił całego zakresu przedmiotowego i dodatkowo dokonał tego odmiennie od pozostałych wykonawców.

W tym miejscu Izba wskazuje, iż nie sposób zgodzić się z argumentacją Odwołującego, że Zamawiający nie posiada wiedzy na temat sposobu wyceny produktów przez poszczególnych wykonawców. Analiza porównawcza cen za poszczególne elementy przyszłej dostawy pozwala na stwierdzenie, jakie metody wyceny zostały zastosowane dla oferowanych produktów, czy mają one charakter cen rynkowych i jakie ewentualnie jest źródło istniejących odmienności w zaoferowanych cenach. Zamawiający dostrzegł bowiem samoistnie odmienność wyceny przez Odwołującego poz. 61 formularza cenowego w części IX zamówienia i dla pozyskania szczegółowych informacji zwrócił się do Odwołującego z zapytaniem. Otrzymane wyjaśnienia pozwoliły Zamawiającemu na dokonanie poprawy zaistniałej omyłki (odnoszącej się do sposobu wyliczenia ceny w tej pozycji), zagwarantowania porównywalności cenowej ofert i tym samym pozwoliły na dokonanie korekty wynagrodzenia zaoferowanego przez Odwołującego – jako dopuszczalnej w orzecznictwie i doktrynie konsekwencji dokonanej poprawki.

Tym samym Izba uznała, iż działanie Zamawiającego wpisuje się w hipotezę normy prawnej wyrażonej w treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i w konsekwencji zaistniały faktyczne oraz materialne przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 4.

**Przewodniczący:**

.....

