

WYROK

z dnia 8 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie **8 grudnia 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **26 listopada 2020 r.**

przez wykonawcę: „**WĘGŁOKOKS**” S.A. z siedzibą w Katowicach

w postępowaniu pn. *Dostawa mialu węgla kamiennego na potrzeby miejskiej ciepłowni w Koluszkach* (nr postępowania 0/34O/WC/63/2020)

prowadzonym przez zamawiającego: **Koluszkowskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Koluszkach**

przy udziale wykonawcy: **M. S. Transport Towarowy Handel Opalem, Gornice** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Łodzi**.

Uzasadnienie

Koluszkowskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Koluszkach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) (dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pn. *Dostawa mialu węgla kamiennego na potrzeby miejskiej ciepłowni w Koluszkach* (nr postępowania 0/34O/WC/63/2020) Ogłoszenie o tym postępowaniu 3 czerwca 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_106 pod poz. 256950. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

17 listopada 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez M. S. Transport Towarowy Handel Opalem z Gornic (dalej również: „Przystępujący”), a także o odrzuceniu oferty złożonej przez „WĘGŁOKOKS” S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej również: „Węglokoks”).

26 listopada 2020 r. „WĘGŁOKOKS” S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej również: „Odwołujący”) wniósł w formie elektronicznej odwołanie od odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (lista zarzutów):

1. Art. 87 ust. 2 pkt 1 oraz art. 7 ust. 1 – przez zaniechanie usunięcia omyłki pisarskiej, której oczywistość w świetle treści oferty i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej również: „SIWZ”) nie budziła wątpliwości, a zamiast tego dokonanie czynności naruszających poniżej wskazane przepisy.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez bezpodstawne odrzucenie oferty Węglokoksu, pomimo niezaistnienia przesłanki wymienionej w tym przepisie.
3. Art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez nieprawidłowe zastosowanie pierwszego z tych przepisów, polegające na wezwaniu Węglokoksu do złożenia wyjaśnień co do wartości opałowej węgla w sposób nieprecyzujący istoty wątpliwości Zamawiającego, a zatem naruszający zasadę przejrzystości, co doprowadziło do błędnego uznania, że udzielone wyjaśnienia uprawniają do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu (lista żądań):

1. Unieważnienia odrzucenia jego oferty.
2. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
3. Wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Z odwołania wynikają następujące okoliczności odnośnie treści SIWZ, treści oferty Węglokoksu i przebiegu jej badania przez Zamawiającego.

Zamawiający odstąpił, zarówno w opisie przedmiotu zamówienia (załączniki nr 2 do SIWZ), w projekcie umowy (załącznik nr 8 do SIWZ), jak i w formularzu ofertowym (załącznik 6 do SIWZ) od zwyczajowo stosowanej w obrocie węglem metody określania jego parametrów jakościowych przez odwołanie się do klasy węgla, która pozwala na wyznaczenie jego minimalnej i maksymalnej wartości opałowej w stanie roboczym [Q_{r}], maksymalnej zawartości popiołu w stanie roboczym [A^{r}] i maksymalnej zawartości siarki w stanie roboczym [S^{r}]

Według tej metody węgiel o klasie 22/16/07 cechuje się następującymi parametrami: Q_{r} wynosi od 22000 do 22999 mJ/kg (od 22000 do 22999 kJ/kg), A^{r} nie więcej niż 16%, a S^{r} nie więcej niż 0,7%.

Natomiast Zamawiający w ramach opisu przedmiotu zamówienia określił parametry jakościowe węgla w następujący sposób: wartość opałowa: > 22.000 kJ/kg; zawartość popiołu: < 16 %, zawartość siarki: < 0,7 %, bez sprecyzowania, czy chodzi o parametry jakościowe w stanie roboczym, analitycznym czy powietrzno-suchym.

We wzorze formularza ofertowego w pkt 2 lit. b Zamawiający zostawił miejsce na wpisanie konkretnych liczb pomiędzy nazwą parametru i jednostką miary lub wartością % dla parametrów z lit. od a) do d) (odpowiednio: wartość opałowa w kJ/kg, zawartość siarki w %, sortyment w %), a dla ilości wpisał 5500 Mg.

W § 1 projektu umowy Zamawiający zostawił pomiędzy nazwą parametru i jednostką miary lub wartością % miejsce na wpisanie konkretnych liczb, z tym że wolne miejsce zostało poprzedzone w przypadku wartości opałowej operatorem matematycznym „>”, a w odniesieniu do zawartości popiołu i zawartości siarki opałowej operatorem

matematycznym „<”.

Przy tak skonstruowanymi SIWZ Węglukoks w formularzu ofertowym:

- w pkt 1. w pełni zaakceptował treść SIWZ, w tym opis przedmiotu zamówienia;
- w pkt 6. zaakceptował bez zastrzeżeń projekt umowy,
- w pkt 2 lit. b) uznał, że należy wpisać tylko liczbowo parametry, które spełniają wymogi określone w opisie przedmiotu zamówienia z pominięciem znaku operatora matematycznego, a w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia zaoferował węgiel o lepszych parametrach w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zawartości siarki (wpisując 0,6%) i zawartości popiołu (wpisując 14%).

Zamawiający pismem z dnia 10.11.2020 r. w trybie art. 87 ust. 1 pzp wezwał Węglukoks do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie zaproponowanej wartości opałowej w terminie do 13.11.2020 r.

Pismem z 12.11.2020 r. Węglukoks wyjaśnił, że ofercie znalazła się oczywista omyłka pisarska dotycząca gwarantowanej jakości przedmiotu zamówienia polegająca na tym, że wpisano: wartość opałowa 22 kJ/kg (formularz ofertowy pkt 2 lit. b), a winno być: wartość opałowa 22 000 kJ/kg (formularz ofertowy pkt 2 lit. b).

Pismem z 16.11.2020 r. Zamawiający poinformował o skorygowaniu oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie Węglukoksu przez zmianę pierwotnie wskazanej wartości opałowej z 22 kJ/kg na 22 000 kJ/kg (formularz ofertowy pkt 2 lit. b).

Następnie pismem z 17.11.2020 r. Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Węglukoksu jako niezgodnej z opisem przedmiotu zamówienia, czyli nieodpowiadającej treści SIWZ.

W odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ Odwołujący wywiódł, że odstąpienie przez Zamawiającego od zwyczajowo stosowanej w obrocie węglem metody określania jego parametrów jakościowych spowodowała, że postanowienia SIWZ okazały się niejasne i mogły powodować wątpliwości interpretacyjne.

Według Odwołującego Zamawiający tak powinien sformułować SIWZ, w tym załączniki do niej, aby całość była jasna i klarowna, a pomiędzy poszczególnymi załącznikami nie zachodziła – jak to określił – kontradiktoryjność czy niekoherentność, gdyż w przeciwnym wypadku dochodzi do sytuacji, w której Zamawiający nie jest w stanie należycie zinterpretować treści oświadczenia woli złożonego przez wykonawcę.

Odnosnie treści złożonej oferty Odwołujący wywiódł, że biorąc pod uwagę, w jaki sposób wielkości wskazane w jego ofercie zostałyby wpisane do § 1 ust. 1 umowy, a także zaakceptowanie przez niego bez zastrzeżeń treści SIWZ i wzoru umowy, złożył Zamawiającemu ofertę na dostawę węgla o następujących parametrach: a) wartość opałowa > 22.000 kJ/kg, b) zawartość popiołu < 14 %, c) zawartość siarki całkowitej < 0,6, d) zawartość wilgoci całkowitej nie większej niż 18,0 %, e) sortyment miał II A TYP 31.2.

Odwołujący podkreślił, że nie wprowadzał żadnych modyfikacji w zakresie wartości opałowej, w szczególności nie wskazał, że oferuje węgiel o wartości opałowej: 21.000 kJ/kg, czy że oferuje węgiel o wartości opałowej większej lub równej ≥ 22.000 kJ/kg.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający miał możliwość poprawienia we własnym zakresie wartości 22 kJ/kg na 22000 kJ/kg, gdyż wartość opałową w obrocie zwyczajowo określa się w MJ, z uwagi na profesjonalny charakter prowadzonej w sektorze energetycznym działalności powinno być dla niego oczywiste, że wartość opałowa węgla nie może z powodów fizyko-chemicznych wynosić wartość wpisaną w ofercie.

Alternatywnie Odwołujący stwierdził, że Zamawiający mógł poprawić samodzielnie tę omyłkę w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Jednocześnie Odwołujący powołał się na wyrażane doktrynie i orzecznictwie stanowisko, że z uwagi na zasady wynikające z art. 7 ust. 1 pzp umożliwienie wyjaśnienia treści oferty stanowi nie tylko uprawnienie, ale i obowiązek zamawiającego, jeśli stwierdzone przez niego niejasności mogą skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Odwołujący wywiódł, że wezwanie do wyjaśnień sformułowane w zgodzie z zasadą przejrzystości wymaga, aby zamawiający przedstawił swoje wątpliwości, które mogłyby rozwiązać wyjaśnienia wykonawcy.

Według Odwołującego nie było tak w tym przypadku, gdyż treść wezwania sformułowana przez Zamawiającego w piśmie z 12.11.2020 r. zasugerowała, że chodzi o omyłkę pisarską polegającą na braku trzech zer w rubryce „wartość opałowa”, a faktyczną przyczynę żądania wyjaśnień przez Zamawiającego miał możliwość poznać dopiero z pisma Zamawiającego z 17.11.2020 r.

Odwołujący zarzucił wręcz Zamawiającemu, że nie zmierzał do faktycznego wyjaśnienia powziętych wątpliwości, a dokonał tej czynności jedynie dla pozorów, wbrew zasadom oraz celowi ustawy pzp, którym jest wybór faktycznie najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

Odwołujący powtórzył za uzasadnieniem wyroku Izby z 22 czerwca 2020 r. (opubl. LEX nr 3043881), że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający ma pewność, że oferta danego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ, przy czym postanowienia SIWZ powinny być jasne i klarowne, w tym co do opisu przedmiotu zamówienia, a jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji postanowień zawartych w SIWZ w tym zakresie nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy. Jeżeli pewne sformułowania zostały określone w sposób nieostry, nie mogą być interpretowane zawężająco na etapie oceny ofert na niekorzyść wykonawcy. Tym samym wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z braku szczegółowego i precyzyjnego opisu konstrukcji czy też funkcjonalności oferowanych produktów.

W odpowiedzi na odwołanie z 2 grudnia 2020 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco uzasadniając swoje stanowisko.

Według Zamawiającego w przywołanym w odwołaniu pkt 4. opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 4 do SIWZ), a także w pkt II.14) ogłoszenia o zamówieniu jednoznacznie i precyzyjnie określił przedmiot zamówienia.

Natomiast sformułowany w odwołaniu postulat posłużenia się klasą węgla winien zostać wyartykułowany na etapie biegu terminu do składania ofert, w trybie wyjaśniania treści SIWZ z art. 38 pzp. Ponieważ Węglukoks nie skorzystał z tej możliwości, a także złożył oświadczenie o zapoznaniu się i akceptacji treści SIWZ, należy uznać, że określenie przedmiotu zamówienia było dla niego jasne i nie budziło jego zastrzeżeń.

Niezależnie od powyższego zdaniem Zamawiającego klasa węgla nie pozwala na wyznaczenie minimalnej i maksymalnej wartości opałowej w stanie roboczym, gdyż rozporządzenie Ministra Energii z dnia 27 września 2018 r. w sprawie wymagań jakościowych dla paliw stałych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1890) określa minimalną wartość ze ściśle określonym odchyleniem 2 § ust. 2. A wskazanie maksymalnej wartości opałowej stanowiłoby ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców, które z oczywistych względów nie leży w interesie Zamawiającego.

Zamawiający oświadczył, że celowo w załączniku nr 6 do SIWZ pozostawił wolne miejsca, aby wykonawca wpisał parametry oferowanego miału węglowego. Oświadczenie składane przez wykonawcę jest dobrowolne i podlega weryfikacji przez Zamawiającego na etapie badania ofert co do tego, czy zaoferowano opał o żądanych przez Zamawiającego parametrach. Intencją Zamawiającego było, aby wykonawcy złożyli oświadczenie jaki oferują opał. Gdyby było inaczej, Zamawiający wpisałby w formularzu ofertowym wartości sztywne, jak w treści ogłoszenia i SIWZ, a w konsekwencji badając ofertę nie porównywałby stawianych wymagań przedmiotowi zamówienia do oferowanych. Intencją

Zamawiającego było, aby wykonawcy złożyli oświadczenie jaki oferują opał, stąd w dalszej kolejności żądanie dokumentów potwierdzających złożone oświadczenie. Po wyborze wykonawcy zaoferowane parametry jakości z oferty są przenoszone do treści § ust. 1 umowy i sprawdzane podczas jej realizacji. Gdyby w tej sytuacji uznać, że sama akceptacja specyfikacji warunków zamówienia była wystarczająca, że oferowany przez niego towar spełnia oczekiwania Zamawiającego, dalsze doprecyzowanie byłoby zbędne i niecelowe.

Zamawiający podał, że Węglukoks już do oferty załączył sprawozdanie z badań nr 09/LS/0591/20 z 28.05.2020 r. węgla o wartości opałowej 22.011 kJ/kg z niepewnością pomiaru 160 kJ/kg, co oznacza, że wartość ta dla zaoferowanego miału węglowego mieści się w przedziale 21.851 kJ/kg do 22.171 kJ/kg, czyli w 46,9 % nie spełnia, a w 53,1 % spełnia wymagania Zamawiającego.

Zamawiający zauważył, że Odwołujący nie miał kłopotów z wyspecyfikowaniem innych parametrów opału z wykorzystaniem znaków matematycznych większości i mniejszości.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący w istocie domaga się od niego, aby podjął niedopuszczalne ustawą (art. 87 ust. 1 pzp) negocjacje. Tymczasem u źródła aktywności Zamawiającego w omawianym wypadku leżała okoliczność zaoferowania przez Węglukoks wartości opałowej węgla o parametrze 22 kJ/kg. W odpowiedzi uzyskał informację, że zapis jest błędny, gdyż wystąpiła oczywista omyłka i należy ją poprawić. Trudno uznać, aby oznaczone konkretną liczbą parametry opału, przy jednoznacznym wskazaniu w SIWZ oczekiwanych właściwości węgla, mogły rodzić jakiekolwiek wątpliwości w kwestii spełniania bądź nie warunków specyfikacji. Co najwyżej sam zaoferowany parametr znacząco odbiegający od oferowanych na rynku, jak w tym wypadku (22 kJ/kg), mógł powodować i powodował wątpliwość co do faktycznej intencji Węglukoksu. Nieuprawnione jest domaganie się przez Odwołującego dalej idącej precyzji w żądaniu wyjaśnienia oferty, gdyż stanowi *de facto* oczekiwanie, że Zamawiający zasugeruje zmianę złożonej oferty już po jej złożeniu i dostosowanie jej do wymagań SIWZ. W istocie zmierzałoby to do negocjowania parametrów oferowanego opału.

W ocenie Zamawiającego Węglukoks nie miał wątpliwości, w jaki sposób można wypełnić formularz ofertowy, a nadto, jakie są oczekiwania Zamawiającego i co oznaczają użyte w SIWZ znaki większości lub mniejszości przy parametrach paliwa opałowego. Natomiast z przyczyn leżących po stronie Węglukoksu zaoferował on towar, który tych parametrów nie spełnia. Potwierdzeniem tego stanu rzeczy są dołączone do oferty wyniki badań towaru, z których wynika, że nie był w stanie zaoferować węgla jednoznacznie i w każdym wypadku spełniającego wymagania specyfikacji.

Nie sposób wreszcie uznać, by brak zaoferowania węgla o wartości opałowej większej niż 22 000 kJ/kg był następstwem jakiejś omyłki Wykonawcy. Wskazał on konkretną wartość tego parametru nie posługując się, jak to również uczynił w innych wypadkach, bez użycia znaku mniejszości/większości, co pozwala na jednoznaczną interpretację złożonej oferty i nie daje pola do rozważań czy wymagania SIWZ zostały spełnione.

Zamawiający podniósł, że treść oferty może być wyjaśniana wyłącznie w trybie wynikającym z art. 87 ust. 1 pzp, wskazującym uprawnienie zamawiającego w tym zakresie. W wyroku z 30 marca 2010 r. sygn. akt X Ga 7/10 Sąd Okręgowy we Wrocławiu wskazał, że art. 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedoprecyzowaniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał. Artykuł 87 ust. 1 pzp dopuszcza wyjaśnienie przez wykonawców na żądanie zamawiającego treści złożonych ofert, nie zaś dokonywanie w nich jakichkolwiek zmian, poza poprawieniem oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych lub innych, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Wyjaśnienie oferty nie może prowadzić do uzupełnienia jakiegokolwiek brakującego dokumentu, w tym samej oferty, co stanowiłoby obejście prawa (art. 82 ust. 1 i art. 84 pzp.) (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 26.03.2015 r. sygn. akt I ACa 960/14, LEX nr 1667517). Jak zauważono w wyroku izby z 30.06.2016 r. sygn. akt KIO 1045/16, LEX nr 2111837: *zgodność treści oferty z treścią SIWZ oceniana jest według stanu na dzień złożenia oferty. Po złożeniu oferty możliwe jest jedynie wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z wyłączeniem negocjacji oraz dokonywania jakiejkolwiek zmiany w treści oferty, z zastrzeżeniem ust. 1a i ust. 2 tego artykułu.* Za wzorcowe należy uznać postępowanie zamawiającego, który – dokonując badania i oceny oferty – dąży do wszechstronnego wyjaśnienia wszelkich wątpliwości i niejasności oferty, korzystając z instrumentu opisanego w art. 87 ust. 1 pzp (wyrok Izby z 12.04.2016 r. sygn. akt KIO 469/16, LEX nr 2026086). W wyroku z 27.12.2017 r. sygn. akt KIO 2602/17 wskazano natomiast, że: *Przyjętym w orzecznictwie Izby stanowiskiem jest, że jakkolwiek nie jest wykluczone wielokrotne wzywanie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, to nie jest zasadnym „dopytywanie” wykonawcy w zakresie tego samego elementu oferty. To w interesie wykonawcy leży wykazanie zgodności treści oferty z SIWZ (por. np. wyrok KIO z dnia 3.11.2016 r., KIO 2006/16, wyrok z dnia 27.05.2014 r., KIO 936/14). Ponadto umożliwienie wykonawcy, który nie uczynił zadość wezwaniu do złożenia wyjaśnień, złożenia kolejnych wyjaśnień w tym samym zakresie mogłoby stanowić naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.* Przy czym, jak się zaznacza w orzecznictwie, zamawiający nie powinien korzystać ze swojego uprawnienia określonego w art. 87 ust. 1 ustawy pzp w taki sposób, że będzie on dopytywać wykonawcę o konkretny element oferty (Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2020).

Do postępowania odwoławczego w tej sprawie przystąpił po stronie Zamawiającego M. S. Transport Towarowy Handel Opałem z Gomunic, wnosząc o oddalenie odwołania.

Według Przystępującego Zamawiający nie mógł samodzielnie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 pzp poprawić stwierdzonej niezgodności jako oczywistej omyłki pisarskiej w zakresie wartości opałowej przedmiotu dostawy. Jednocześnie wykorzystanie przez Zamawiającego uprawnienia przewidzianego w treści przepisu art. 87 ust. 1 pzp tj. żądania wyjaśnień było w pełni uzasadnione i zostało uczynione zgodnie z przedmiotowym przepisem, gdyż Zamawiający wyraźnie wskazał zakres żądanych wyjaśnień.

Przystępujący zauważył, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązany jest do wykazania zamawiającemu w ofercie, że zaoferowany przedmiot w pełni odpowiada wymaganiom zamawiającego. Zamawiający nie jest zobowiązany poszukiwać informacji o przedmiocie oferty poza jej treścią.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – 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 zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości sprawa w zakresie podtrzymanych zarzutów została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

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 Odwoławczy wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwoławczy może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie jego oferty uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła jako istotne dla rozstrzygnięcia następujące okoliczności:

Nie ma potrzeby ponownego przytaczania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „s.i.w.z.”} czy zawartości formularza ofertowego Węgłokoks, gdyż ich brzmienie jest niesporne i adekwatnie zostało odzwierciedlone w powyżej zrelacjonowanej treści odwołania i odpowiedzi na odwołanie.

Natomiast z uwagi na nieuprawnione brzmieniem tych dokumentów wnioski wyprowadzone w odwołaniu, konieczne jest podkreślenie kolejno, co następuje.

Po pierwsze, zarówno opis przedmiotu zamówienia, jaki i oczekiwany przez Zamawiającego sposób wypełnienia formularza oferty zostały w treści s.i.w.z. zostały sformułowane w treści s.i.w.z. jednoznacznie i wyczerpująco. Zamawiający wskazał, z użyciem operatorów matematycznych, parametry minimalne miału węgla kamiennego węgla, a jednocześnie oczekiwał od każdego wykonawcy sprecyzowania w formularzu oferty parametrów oferowanego opału przez wpisanie konkretnej wartości. W odniesieniu do wartości opałowej wymagane było, aby wynosiła ona więcej niż 22 tys. kJ/kg.

Po drugie, w sytuacji, gdy wymagane jest sprecyzowanie treści oświadczenia woli, jeżeli zostało ono sformułowane w sposób niezgodny z treścią s.i.w.z. ma to rozstrzygające znaczenie. Ogólne oświadczenie o akceptacji treści s.i.w.z., które co prawda zwyczajowo są oczekiwane przez zamawiających, w istocie są zbędne, gdyż co do zasady przez sam fakt złożenia oferty wykonawca wyraża wolę akceptacji warunków, na jakich prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia, zarówno formalnych, jak i merytorycznych.

Po trzecie, wzór oferty stanowiący załącznik do s.i.w.z., w którym powielono z opisu przedmiotu zamówienia operatory matematyczne, nie może stanowić podstawy do ustalenia, że treść oświadczenia woli zawartego w ofercie obejmuje również te operatory matematyczne, pomimo że nie zostały one wpisane. Zależność jest dokładanie odwrotna – treść umowy musi odpowiadać treści oferty, a ta z kolei, aby mogła zostać wybrana musi być zgodna z treścią s.i.w.z., w szczególności z opisem przedmiotu zamówienia.

Po czwarte, o ile Węgłokoks prawidłowo sprecyzował parametry oferowanego miału węglowego w odniesieniu do gwarantowanej zawartości siarki (na 0,6%) i zawartości popiołu (na 14%), oferując wartości lepsze od wymaganych, o tyle dla wartości opałowej podał oczywiście nieprawidłową wartość 22 kJ/kg.

Po piąte, Zamawiający przy takim brzmieniu pisemnego oświadczenia woli zawartego w formularzu ofertowym powziął wątpliwości co do treści oferty Węgłokoks, co uprawniało go do jej wyjaśnienia. Sposób sformułowania wezwania nie wprowadzał w błąd, gdyż niczego nie sugerował, a jedynie wprost wskazywał parametr, którego określenie wzbudziło wątpliwości Zamawiającego.

Po szóste, Węgłokoks, działając w sposób nieskrępowany, spontanicznie oświadczył jednoznacznie, że przy sporządzeniu oferty popełnił oczywistą omyłkę pisarską, która polega na wpisaniu wartości 22 zamiast 22 tys. kJ/kg, czyli wartości o 3 rzędy wielkości mniejszej.

Po siódme, w treści odwołania za wiarygodne można uznać jedynie twierdzenie, że osoba sporządzająca ofertę błędnie wyobraziła sobie, że w formularzu oferty wartość opałową wyrażono w MJ/kg.

Po ósme, Zamawiający poprawił treść oferty dokładanie w taki sposób, jaki wskazał Węgłokoks w swoich wyjaśnieniach.

Po dziewiąte, żaden inny sposób poprawienia nie był oczywisty, biorąc pod uwagę, że Zamawiający nie miał żadnych podstaw faktycznych (w tym biorąc pod uwagę treść załączonego z własnej inicjatywy przez Węgłokoks sprawozdania z badań), aby przyjąć, że powinna to być jakakolwiek inna liczba z przedziału od 22000 do 22999.

Reasumując, Izba stwierdziła, że Węgłokoks nie dołożył nie tylko należytej, ale wręcz elementarnej, staranności profesjonalnego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, zarówno przy sporządzaniu oferty, jak i przy składaniu wyjaśnień.

W tych okolicznościach odwołanie należy uznać za oczywiście niezasadne.

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

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd {wyrażony również w orzeczeniach przywołanych w odwołaniu}, 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 precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obowiązuje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10 i 16 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 pzp) {w poprzednim stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności}, a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to 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 konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, 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.

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 jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z.

Jak trafnie zwrócił na to uwagę Przystępujący, w wyroki z dnia 31 sierpnia 2015 r. sygn. akt KIO 1792/15 Izba podkreśliła, że „*O omyłce można mówić, gdy jest ona jednoznaczna dla każdego i każdy taką omyłkę powinien jednakowo poprawić. Jeżeli dochodzi do różnic w traktowaniu czegoś jako omyłki, to trudno mówić, że mamy do czynienia z omyłką.* Istotą uznania dokonanej omyłki za oczywistą jest możliwość jej stwierdzenia bez dodatkowej wiedzy oraz jej bezsporność. Oczywista omyłka pisarska powinna być możliwa do poprawy bez odwoływania się do innych dokumentów (wyrok Izby z 20 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 11/09, LEX nr 485647). Zgodnie z utrwaloną definicją omyłki pisarskiej dotyczy ona takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość” omyłki, rozumianej jako określona niedokładność, nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenia lub inna niedokładność, która nasuwa się sama przez się każdemu, a przez dokonanie poprawki tej omyłki właściwy sens oświadczenia pozostaje bez zmian (wyrok Izby z 26 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1326/08, LEX nr 479189).

W ustalonych okolicznościach sprawy jedynym oczywistym sposobem poprawienia treści oferty był taki, jaki sam Węgłokoks wskazał w swoich wyjaśnieniach. Natomiast poprawienie tej oferty w inny sposób, choćby w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, samodzielnie przez Zamawiającego, bez prowadzenia z Węgłokoksem negocjacji, co do tego, jaką wartość większą od wymaganego minimum może zaoferować, stanowiłoby wprost naruszenie zakazu wynikającego z art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp.

Z tych względów Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.