Sygn. akt: KIO 2321/20

WYROK

z dnia 3 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2020 r. przez **A. P.** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – 3 Regionalną Bazę Logistyczną w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **Golden Line Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego wyboru najkorzystniejszej oferty, pomimo że wykonawca **Golden Line Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie**wskazał w formularzu cenowym, w pozycji 3, w kolumnie 10, symbol produktu GL-C8766EE zamiast GL-8767EE i nakazuje zamawiającemu – **Skarbowi Państwa – 3 Regionalnej Bazie Logistycznej w Krakowie**– unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, poprawienie w formularzu cenowym wykonawcy **Golden Line Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie,** w pozycji 3, w kolumnie 10, symbolu GL-C8766EE na GL-C8767EE, i dokonanie ponownej oceny ofert,
2.w pozostałym zakresie odwołanie umarza,
3. kosztami postępowania obciąża **Golden Line Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **A. P.** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od **Golden Line Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie**na rzecz **A. P.** kwotę **7 917 zł 22 gr** (słownie: siedem tysięcy dziewięćset siedemnaście złotych dwadzieścia dwa grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Krakowie.**

……..

Sygn. akt: KIO 2321/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – 3 Regionalna Baza Logistyczna w Krakowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawę tonerów, cartridge'ów, taśm i bębnów do sprzętu informatycznego.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 15 września 2020 roku wykonawca A. P. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec rozstrzygnięcia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3, art. 87, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ustawy P.z.p. poprzez:

1/ zaniechanie odrzucenia i bezprawny wybór oferty firmy Golden Line Sp. z o.o. w Rzeszowie (dalej także: przystępujący),

2/ dokonanie oceny ofert z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

3/ naruszenie innych przepisów wskazanych bądź wynikających z treści odwołania,

4/ zaniechanie wyboru oferty odwołującego.

Wskazując na powyższe odwołujący wniósł o:

1/ unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty firmy Golden Line Sp. z o.o.;

2/ odrzucenie oferty Golden Line Sp. z o.o.;

3/ ponowną ocenę ofert i wybór oferty odwołującego.

Odwołujący podniósł, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i poniesie szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, gdyż jego oferta jest najkorzystniejsza w postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Poprzez nieuzasadniony wybór oferty Golden Line Sp. z o.o. pozbawiono odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym zostały spełnione przesłanki wniesienia środka odwoławczego przewidziane w art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, co następuje:

1)Przedmiotem zamówienia jest dostawa tonerów, cartridge, taśm i bębnów do sprzętu informatycznego. Rodzaj materiałów oraz ich ilość została określona w załączniku nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) – Formularz cenowy. W przypadku zaoferowania produktu równoważnego (zamiennika) wykonawca obligatoryjnie był zobowiązany podać w kolumnie „J" producenta, nazwę oferowanego produktu równoważnego, nr katalogowy oraz opis właściwości. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, każdy materiał eksploatacyjny winien posiadać oryginalne, zamknięte zewnętrzne kartonowe opakowanie zawierające logo i nazwę producenta, opis zawartości i oznaczenie numerem katalogowym produktu (symbolem) umożliwiający jednoznaczną identyfikację producenta oraz modelu materiału eksploatacyjnego (oznaczenia powinny być umieszczone na opakowaniach zewnętrznych oraz bezpośrednio na kasecie z tonerem oraz tuszem). Dodatkowo materiały eksploatacyjne powinny być fabrycznie opakowane bezpośrednio w sposób chroniący kasetę z tonerem oraz tusz po wyjęciu z opakowania zewnętrznego (opakowania wewnętrzne). Każda kaseta z tonerem i tuszem powinna być wyposażona w zabezpieczenia umożliwiające rozpoznanie czy materiał eksploatacyjny był otwierany/używany. Materiały eksploatacyjne powinny być wolne od wad technicznych i charakteryzować się dobrą jakością wykonania, tzn. być o parametrach nie gorszych niż wymagane przez zamawiającego i nie mogą mieć śladów użytkowania i uszkodzenia oraz zapewnią bezawaryjną, bezproblemową pracę materiału eksploatacyjnego w urządzeniu drukującym. Formularz cenowy został przewidziany w przedmiotowym postępowaniu jako podstawowy element mechanizmu służącego zbadaniu zgodności oferowanego przedmiotu z wymaganiami stawianymi przez zamawiającego - na podstawie informacji o oferowanym przedmiocie, zawartych w tym formularzu, wykonawca Golden Line Sp. z o.o. zaoferował w poz. 3 oraz 8 cartridge kolorowy GL-C8766EE, natomiast w poz. 3 zamawiający wymagał cartridge do drukarki HP 6940 - (339) – czarny. Odpowiednikiem czarnego wkładu drukującego HP 339 jest cartridge marki Golden Line o symbolu GL-C8767EE. W warunkach, kiedy w ofercie wykonawcy zostaje podana nazwa oferowanego artykułu, jego symbol/model, staje się on treścią oferty, a stwierdzona na tej podstawie okoliczność niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu w stosunku do oferty wybranego wykonawcy, nie może zostać naprawiona w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po złożeniu ofert, a także ewentualnie na podstawie tzw. dokumentów przedmiotowych, prowadziłoby to bowiem do niedozwolonej zmiany treści oferty. Treścią oferty jest oznaczenie i wskazanie przez wykonawcę oferowanych urządzeń. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2017 r., KIO 399/17; KIO 438/17; KIO 439/17, gdzie Izba zwróciła uwagę, że „W znaczeniu nadanym art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako »inne omyłki« należy rozumieć niezgodności wymagań zawartych w SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Tymczasem wskazanie przez odwołującego modelu i nazwy oferowanego produktu było dla zamawiającego kwestią istotną. Oznaczenie i wskazanie oferowanych urządzeń stanowi niewątpliwie treść oferty wykonawcy i to jej istotny element – *essentialia negotii* – definiujący przedmiot składanej oferty i, późniejszej dostawy. W tym zakresie, art. 87 ust. 1 Pzp uniemożliwia dokonywanie zmian w stosunku do złożonej oferty. Ewentualne uwzględnienie wyjaśnień odwołującego byłoby bezprzedmiotowe, bowiem doprecyzowanie w nich przedmiotu oferty (marki/modelu/ symbolu oferowanego procesora prowadziłoby do nieuniknionej zmiany treści złożonej już oferty w jej istotnym aspekcie. Z tych samych względów, brak podstaw do zastosowania w przedmiotowej sytuacji instytucji poprawienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp". Treścią oferty jest zarówno opis i charakterystyka wymaganych elementów w formularzu ofertowym, jak i określenie modeli, ilości i cen w formularzu cenowym. Potwierdzeniem powyższego stanowią m. in wyroki sygn. akt: KIO/UZP 431/10 z dnia 9 kwietnia 2010 r.

2)Zamawiający wskazał symbole wzorcowych materiałów eksploatacyjnych wskazując tym samym minimalne parametry. W wielu pozycjach nie podał parametrów pożądanych materiałów eksploatacyjnych wskazując w s.i.w.z., że pojemność dostarczonych tonerów ma być nie mniejsza niż L (wysokowydajne), a cartridge o oznaczeniach XL (umożliwiające wydruk możliwie największej liczby stron z jednej sztuki cartridge). Wykonawca Golden Line zaoferował w poz. 181, 182, 183 produkty LC1240Y, LC1240M, LC1240C o standardowej wydajności (600 str.), natomiast tusze do drukarki Brother MFC J5910DW o największej wydajności XL mają symbole LC1280XLY, LC1280XLM, LC1280XL (1200 str.).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 października 2020r., doręczonej Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2020 r. oświadczył, że uwzględnia odwołanie w części oznaczonej jako zarzut 1 i wnosi o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Przystępujący w oświadczeniu złożonym na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 30 października 2020 roku stwierdził, że istotnie w jego ofercie była omyłka, niemniej jednak nie miała ona wpływu na materialną treść oferty. Przystępujący złożył oświadczenia w pkt 1, 4, 7 i 8 oferty, z których wynika m.in., że akceptuje treść s.i.w.z. Poza sporem pozostaje, że istnieje produkt, który spełnia wymogi s.i.w.z. i jest ofererowany przez przystępującego. Omyłka polega na przestawieniu 1 cyfry. Wskazuje, że informacje zawarte w ostatniej kolumnie miały jedynie charakter poglądowy. Dla zamawiającego istotne znaczenie miało to, czy jest produkt oryginalny czy zamiennik. Stwierdził, że załącznik 4 do s.i.w.z. (formularz cenowy) zawiera 259 pozycji i łatwo było o omyłkę przy takiej ilości urządzeń. Nie sposób twierdzić, by celem przystępującego było zaoferowanie innego produktu niż wymagany. Zamówieniem objętych jest 2500 cartridge'ów. Zarzut dotyczy 9 sztuk dla pozycji 3, o wartości 212,54 zł, przy wartości zamówienia w wysokości 498 900,55 zł.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa tonerów, cartridge, taśm i bębnów do sprzętu informatycznego. Rodzaj materiałów oraz ich ilość została określona w załączniku nr 4 do s.i.w.z. – Formularz cenowy. W przypadku zaoferowania produktu równoważnego (zamiennika) wykonawca obligatoryjnie był zobowiązany podać w kolumnie 10 formularza producenta, nazwę oferowanego produktu równoważnego, nr katalogowy oraz opis właściwości. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, każdy materiał eksploatacyjny winien posiadać oryginalne, zamknięte zewnętrzne

kartonowe opakowanie zawierające logo i nazwę producenta, opis zawartości i oznaczenie numerem katalogowym produktu (symbolem) umożliwiający jednoznaczną identyfikację producenta oraz modelu materiału eksploatacyjnego (oznaczenia powinny być umieszczone na opakowaniach zewnętrznych oraz bezpośrednio na kasecie z tonerem oraz tuszem). Dodatkowo materiały eksploatacyjne powinny być fabrycznie opakowane bezpośrednio w sposób chroniący kasetę z tonerem oraz tusz po wyjęciu z opakowania zewnętrznego (opakowania wewnętrzne). Każda kaseta z tonerem i tuszem powinna być wyposażona w zabezpieczenia umożliwiające rozpoznanie czy materiał eksploatacyjny był otwierany/używany. Materiały eksploatacyjne powinny być wolne od wad technicznych i charakteryzować się dobrą jakością wykonania, tzn. być o parametrach nie gorszych niż wymagane przez zamawiającego i nie mogą mieć śladów użytkowania i uszkodzenia oraz zapewnią bezawaryjną, bezproblemową pracę materiału eksploatacyjnego w urządzeniu drukującym. Przystępujący zaoferował:

- w poz. 3 Cartridge do drukarki HP 6940 – (339) – czarny, szt. 9, cena jednostkowa netto – 19,20 zł, wartość netto – 172,80 zł, stawka podatku VAT – 23%, wartość brutto – 212,54 zł, zamiennik, Golden Line, GL-8766EE, tusz, 860 stron,

- w poz. 8 Cartridge do drukarki HP DJ 6540, HP DJ 6980 (343) tri colour C8766EE, szt. 24, cena jednostkowa netto – 25,20 zł, wartość netto 694,80 zł, stawka podatku VAT – 23%, wartość brutto – 743,90 zł, zamiennik, Golden Line, GL-8766EE, tusz, 330 stron.

Przystępujący posiada w swojej ofercie cartridge kolorowy, oznaczony symbolem GL-C8766EE, oraz cartridge czarny o symbolu GL-C8767EE. Są one zamiennikami cartridge'ów HP.

W dniu 10 września 2020 roku zamawiający poinformował o wyborze – jako najkorzystniejszej – oferty przystępującego.

W dniu 15 września 2020 roku odwołujący wniósł odwołanie wobec wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 października 2020r., doręczonej Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2020 r. oświadczył, że uwzględnia odwołanie w części oznaczonej jako zarzut 1 i wnosi o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

W piśmie procesowym z dnia 5 października 2020 r. odwołujący cofnął odwołanie w części dotyczącej zarzutu nr 2.

W piśmie procesowym z dnia 12 października 2020 r. przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu 1 odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu 1.

Zarzut 2 podlega umorzeniu, w związku z cofnięciem go przez odwołującego.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

W rozpoznawanej sprawie nie ulega wątpliwości, że przystępujący w opisie produktu wskazanego w poz. 3 formularza cenowego, tj. cartridge'a czarnego, zamiast symbolu właściwego dla tego cartridge'a, wpisał kod cartridge'a kolorowego. Jest to okoliczność bezsporna pomiędzy uczestnikami postępowania odwoławczego.

W ocenie Izby okoliczność ta nie przesądza jednak, że przystępujący zaoferował w pozycji 3 formularza cenowego cartridge kolorowy zamiast czarnego, na co wskazują następujące ustalenia:

Opis pozycji 3 wskazywał, iż dotyczy on cartridge'a czarnego. Przystępujący nic w tym opisie nie zmienił, co oznacza, że jego zamiarem było zaoferowanie cartridge'a czarnego, przy czym – zamiast oryginalnego cartridge'a HP, zaoferował zamiennik własnej produkcji. Uzupełniając numer katalogowy, wpisał kod właściwy dla cartridge'a kolorowego, przy czym – co jest w rozpoznawanej sprawie istotne – obydwa kody, złożone z dziesięciu znaków (głównie cyfr i liter), różnią się pomiędzy sobą jedynie jedną cyfrą. W ocenie Izby, niewątpliwe doszło tutaj do omyłki ze strony przystępującego.

Wskazać przy tym należy, że w pozycji 8 przystępujący wpisał – już poprawnie – ten sam kod, dotyczący cartridge'a kolorowego. Podkreślenia wymaga, że – oprócz numeru katalogowego – wykonawcy obowiązani byli do formularza cenowego wpisać również inne cechy charakterystyczne dla obu produktów, tj. ich cenę i wydajność. Proste porównanie tych informacji dotyczących produktów z pozycji 3 i 8 wskazuje, że nie są to tożsame produkty. Tusz kolorowy, wskazany w pozycji 8, jest bowiem droższy, a jego wydajność jest mniejsza niż tuszu czarnego. W ocenie Izby, zamawiający, dokonując badania oferty pod kątem zgodności zaoferowanego asortymentu z opisem przedmiotu zamówienia, winien wziąć pod uwagę wszystkie cechy charakterystyczne danego produktu, a zatem nie tylko kod produktu, ale również jego cenę i wydajność. W rozpoznawanym przypadku cena i wydajność wskazują, że produkt, który zaoferował przystępujący w pozycji 3, nie jest tym samym produktem, który został wskazany w pozycji 8, mimo że w obu pozycjach wpisano ten sam numer katalogowy.

Powyższa konstatacja prowadzi do wniosku, iż wskazane wyżej okoliczności winny być przedmiotem badania i wyjaśnień ze strony zamawiającego. W ocenie Izby, omyłka w formularzu cenowym nie jest bowiem niezgodnością skutkującą odrzuceniem oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. O takiej niezgodności można by było mówić w sytuacji, gdyby nie było wątpliwości co do tego, że przystępujący zaoferował tusz kolorowy zamiast tuszu czarnego. Tak jednak nie było, o czym świadczy fakt, że przystępujący w formularzu cenowym, w pozycji 3, wpisał inne cechy produktu, właściwe dla tuszu czarnego.

Ustalenia dokonane przez Izbę w toku postępowania odwoławczego wskazują, że – po pierwsze – przystępujący posiada w sprzedaży tusz kolorowy, o symbolu GL-8766EE, oraztusz czarny o symbolu GL-C8767EE (jest to okoliczność bezsporna, którą sam odwołujący zaznaczył w odwołaniu). Po drugie zaś – oba te produkty cechują się wydajnością wskazaną w formularzu cenowym – odpowiednio 330 i 860 stron. Ta druga okoliczność została wykazana przez

przystępującego złożonymi na rozprawie kartami katalogowymi, z których Izba przeprowadziła dowód. Okoliczności te wskazują, że oferta przystępującego w zakresie pozycji 3 zawiera omyłkę i jest to omyłka, którą można zakwalifikować jako omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

Stosownie do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., zamawiający poprawia w ofercie wykonawcy inne omyłki (aniżeli oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe), polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 czerwca 2012 roku sygn. akt KIO 1084/12, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w s.i.w.z., a następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w s.i.w.z. Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert, przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a drugiej – zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej wyartykułowane w s.i.w.z oczekiwania. W tym miejscu należy powołać podzielane przez skład orzekający Izby stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażone w wyroku z 23 lutego 2007 r. (sygn. akt X Ga 23/07), iż „formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (…)". Zamawiający będący podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powinien dołożyć należytej staranności, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a wykonawcy, który ją złożył – powierzyć realizację zamówienia.

Stwierdzić dalej należy, że w realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. stwierdzone nieścisłości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 ustawy. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści s.i.w.z., a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ust. 2 ustawy P.z.p. (*vide:* wyrok KIO z 29 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1514/11 z oraz wyrok KIO z 8 maja 2012 r., sygn. akt KIO 819/12).

Granice dopuszczalnej ingerencji zamawiającego w treść oferty zakreśla przepis art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 Pzp opisujący zasady rządzące poprawianiem omyłek. W szczególności w tym kontekście wymaga komentarza art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., dotyczący poprawiania innych niż oczywiste (pisarskie i rachunkowe) omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, przewidując *sui generis* procedurę doprowadzenia do zgodności treści złożonej oferty z treścią s.i.w.z. Powołany przepis ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni s.i.w.z. (art. 82 ust. 3 ustawy P.z.p). Instytucja przewidziana w art. 87 ust. 2 ustawy P.z.p. służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których z powodu nieistotnych omyłek czy niezamierzonych opuszczeń, odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizacją zamówienia zgodnie z s.i.w.z. (*vide:* wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 r., sygn. akt: XII GA 429/09 oraz wyrok KIO z 5 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2743/11).

Zamiarem ustawodawcy w odniesieniu do komentowanego przepisu było umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcom, którzy złożyli oferty obarczone nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Taką intencję ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. (…). 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."

Analiza treści przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. pozwala na stwierdzenie, iż – odmiennie aniżeli jest to uregulowane w pkt 1 i 2 omawianego ustępu – omyłka, o której mowa w ust. 3 niekoniecznie musi mieć charakter oczywisty. Dopuszczalne jest również poprawienie omyłek nie mających takiego charakteru, byleby poprawa nie spowodowywała istotnej zmiany treści oferty. O tym, czy dana zmiana ma charakter istotny czy nie, należy rozstrzygać każdorazowo biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy.

W rozpoznawanej sprawie nie ulega wątpliwości, że przystępujący, wpisując kod tuszu kolorowego, nieznacznie różniący się od kodu tuszu czarnego, zwyczajnie się pomylił. Jak już wyżej wspomniano, kody te różniły się jedną cyfrą w symbolu złożonym z 10 znaków. Należy jednak założyć, że jego celem było przygotowanie oferty zgodnej z s.i.w.z., zaistniała niezgodność musiała być zatem wynikiem omyłki.

Warunkiem skutecznej poprawy omyłki w ofercie przystępującego jest okoliczność, że dokonana poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. W ocenie Izby ten warunek zostanie spełniony. Podkreślenia wymaga, że złożenie oferty jest niewątpliwie czynnością prawną, w której skład wchodzą składniki o różnym charakterze, w tym tzw. *essentialia negotii,* które stanowią przedmiotowo istotne, elementarne, i tym samym niezbędne cechy, identyfikujące daną czynność, które rozstrzygają o jej skutkach prawnych. Przedmiot zamówienia niewątpliwie należy do *essentialia negotii* oferty*;* ma charakter przedmiotowo istotny, elementarny, identyfikujący zobowiązanie wykonawcy.

Niemniej jednak zmiana w zakresie kodu zaoferowanego tuszu nie prowadzi do istotnych zmian w treści oświadczenia woli. Jak już wyżej wskazano, o tym, co w istocie zaoferowano, nie przesądza wyłącznie wskazany kod. Z dokonanych ustaleń, w szczególności z wydajności tuszu czarnego i kolorowego, wynika, że zaoferowano tusz czarny. Różnica w cenie pomiędzy produktami z pozycji 3 i 8 wskazuje zaś, że nie były to te same produkty. Ponadto – co istotne – dokonana zmiana nie będzie miała wpływu ani na ilość zaoferowanych produktów, ani też na ich cenę i ogólną cenę oferty.

W ocenie Izby, dla dokonania poprawy, nie ma potrzeby zwracania się do przystępującego o złożenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p., w związku z czym Izba nie nałożyła na zamawiającego obowiązku wezwania przystępującego w tym zakresie. Z ustaleń dokonanych przez Izbę w toku postępowania odwoławczego wynika niezbicie, na czym polegała omyłka i w jaki sposób należy ją poprawić.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy P.z.p.

……