

Sygn. akt: KIO 3255/24

WYROK

Warszawa, dnia 9 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2024 r. przez wykonawcę M. W., prowadzącego

w Skalbmierzu działalność gospodarczą pod firmą F.H. Olmex, M. W.

w postępowaniu prowadzonym przez 2. Regionalną Bazę Logistyczną w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Moto Budrex sp. z o.o. w Bydgoszczy

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach nr 4 i nr 17, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w częściach nr 4 i nr 17, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w częściach nr 4 i nr 17, w tym wykonanie - na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych - czynności poprawienia w ofercie odwołującego w częściach nr 4 i nr 17 innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia niepowodujących istotnych zmian w treści oferty,

2. kosztami postępowania obciąża 2. Regionalną Bazę Logistyczną w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. W., prowadzącego w Skalbmierzu działalność gospodarczą pod firmą F.H. Olmex, M. W. tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od 2. Regionalnej Bazy Logistycznej w Warszawie na rzecz wykonawcy M. W., prowadzącego w Skalbmierzu działalność gospodarczą pod firmą F.H. Olmex, M. W. kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście

tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 3255/24

Uzasadnienie

2. Regionalna Baza Logistyczna w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest dostawa ogumienia do pojazdów kołowych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 maja 2024 r., Dz.U. S: 101/2024, nr 311724-2024.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu 6 września 2024 r. do prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca M. W., prowadzący w Skalbmierzu działalność gospodarczą pod firmą F.H. Olmex, M. W., zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp przez odrzucenie jego oferty, która nie jest niezgodna z warunkami zamówienia;

2) art. 223 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia w jego ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty tj. wpisania do:

„Parametrów oferowanego przez Wykonawcę ogumienia” w zakresie zadania nr 4 indeksu nośności w postaci 156J M a w zakresie zadania nr 17 numeru homologacji tj. E2\*54R00/24\*20609\*02 (E20020609).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty w zakresie zadań nr 4 oraz 17,
- 2) unieważnienia czynności wyboru ofert wykonawców ALU-CAR Gorzycen K. D. z siedzibą w Sandomierzu oraz MOTO BUDREX sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, odpowiednio w zakresie zadań nr 4 oraz 17;
- 3) dokonania ponownej oceny badania i oceny ofert w zakresie ww. zadań.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zdefiniował przedmiot oferowanego świadczenia w zakresie zadania nr 4 podając w treści dokumentu „parametry oferowanego przez wykonawcę ogumienia” informację nt. rozmiaru opony, nazwy opony, producenta, typu opony, numer homologacji, indeksu prędkości oraz warunków eksploatacji. Według odwołującego informacje w sposób jednoznaczny wskazują na oferowany produkt i jednocześnie pozwalają zidentyfikować brakującą informację dotyczącą indeksu nośności.

Wskazał, że ww. wartość można łatwo zidentyfikować korzystając z popularnej wyszukiwarki google'a". Zdaniem odwołującego nie ma żadnego innego parametru który mógłby być prawdziwy w zakresie indeksu nośności oferowanej opony. W konsekwencji według odwołującego zamawiający powinien dokonać innej omyłki i wskazać prawidłowo wartość indeksu nośności.

W odniesieniu do czynności odrzucenia jego oferty w zakresie zadania nr 17, odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią SWZ (s. 5) jako produkt referencyjny Zamawiający wskazał dostawę opony o oznaczeniu: 14.00 R20 XZL+ Michelin: „Z uwagi na fakt, iż Kołowy Transporter Opancerzony (KTO ROSOMAK) w produkcji seryjnej wyposażony jest w opony 14.00 R20 XZL+ Michelin (ujęte w katalogu części zamiennych pod numerem części 009155), jego układ centralnego pompowania kół (CPK) posiada kontroler P/N 60012621-3A zaprogramowany do tego konkretnego typu ogumienia. Zastosowanie innego ogumienia wymaga wymiany kontrolera, co generuje dodatkowe koszty. Natomiast eksploatacja innego ogumienia bez wymiany kontrolera może powodować awarię pojazdu – podstawa „Instrukcja eksploatacji KTO PM2 8x8 opis i użytkowanie IEP-001.KTO.PM2/2018”.

W związku z powyższym, dopuszcza się oferowanie do dostawy równoważnego ogumienia (spełniającego ww. parametry techniczne w tym: rozmiar, minimalny indeks nośności, minimalny symbol prędkości oraz pozostałe wymagania techniczne) jedynie po przedstawieniu pisemnej zgody producenta KTO Rosomak, że proponowane ogumienie może być stosowane w pojeździe bez konieczności zmiany kontrolera.”

Odwołujący argumentował, że on i inni wykonawcy w tym zadaniu zaoferowali dokładnie ten sam, co ww. wymieniony, model opony. Dodatkowo, zgodnie ww. treścią SWZ – („Z uwagi na fakt, iż Kołowy Transporter Opancerzony (KTO ROSOMAK) w produkcji seryjnej wyposażony jest w opony 14.00 R20 XZL+ Michelin (ujęte w katalogu części zamiennych pod numerem części 009155)” Zamawiający posiada tego typu model opon a więc jest w stanie zidentyfikować (względnie ustalić) nr homologacji. Co więcej każdy model danej opony posiada tylko jedną homologację (tożsamy numer), w tym przypadku E2\*54R00/24\*20609\*02 (E20020609)

Odwołujący uważał, że należycie zidentyfikował przedmiot świadczenia a zamawiający znał jedyny możliwy numer homologacji, którego formalnie zabrakło w treści parametrów oferowanego przez wykonawcę ogumienia. Zdaniem odwołującego, zamiast formalistycznie odrzucać ofertę, zamawiający winien był zastosować art. 223 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp i poprawić jego ofertę dopisując ww. numer homologacji. Według odwołującego ww. czynność nie prowadziła do stworzenia nowego oświadczenia woli wykonawcy a jedynie odtwarzała

już wyrażoną przez niego. Dodatkowo ww. czynność nie prowadziła do negocjacji stron bo zamawiający mógłby dokonać poprawki na podstawie własnych wiadomości i informacji, bez wzywania go do złożenia stosownych wyjaśnień.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Moto Budrex sp. z o.o. w Bydgoszczy. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków

zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, oferty wykonawców, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców w toku postępowania, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego, załączniki do pism procesowych stron i uczestnika, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 223 Pzp stanowi:

1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści



4									
17									

Kolejno ustalono, że 25 czerwca 2024 r. zamawiający dokonał modyfikacji SWZ, w wyniku której treść Specyfikacji Warunków Zamówienia – Rozdział III Opis przedmiotu zamówienia pkt 13 otrzymała brzmienie:

Z uwagi na fakt, iż Kołowy Transporter Opancerzony (KTO ROSOMAK) w produkcji seryjnej wyposażony jest w opony 14.00 R20 XZL+ Michelin (ujęte w katalogu części zamiennych pod numerem części 009155), jego układ centralnego pompowania kół (CPK) posiada kontroler P/N 60012621-3A zaprogramowany do tego konkretnego typu ogumienia. Zastosowanie innego ogumienia wymaga wymiany kontrolera, co generuje dodatkowe koszty. Natomiast eksploatacja innego ogumienia bez wymiany kontrolera może powodować awarię pojazdu – podstawa „Instrukcja eksploatacji KTO PM2 8x8 opis i użytkowanie IEP-001.KTO.PM2/2018”.

W związku z powyższym, dopuszcza się oferowanie do dostawy opony firmy Michelin X Force ZL. Zamawiający nie dopuszcza innych opon niż powyższe modele firmy Michelin.

Kolejno ustalono, że do upływu terminu składania ofert oferty zamawiającemu złożyli

w zakresie części nr 4: odwołujący, przystępujący i wykonawca Alu-Car Gorzyce K. D.. Do

upływu terminu składania ofert oferty zamawiającemu złożyli w zakresie części nr 17: odwołujący, przystępujący i wykonawca M. Sp. z o.o. w Kołodzieży.

(por. informacja z otwarcia ofert, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że odwołujący złożył formularz ofertowy, w którym w tabeli wskazał:

< ∞ E 53 *3 > CD N	Rozmiar opony	Nazwa opony	Producent opony	Opona radialna lub diagonalna	Typ opony (dętkowa, bezdętkowa)	Numer homologacji	indeks prędkości	indeks nośności	Warunki eksploat. (letnia, zimowa, całoroczna)
4	12.00-20	W16A	NEUM ASTER	Radialna	TT	E9*54R0 0/256691 *00	J		całoroczna możliwość eksploatacji M+S
17	14.00R20	X Force ZL	Michelin	Radialna	TL		K	168/165	całoroczna możliwość eksploatacji

(por. oferta odwołującego, w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w dniu 27 sierpnia 2024 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego Moto Budrex sp. z o.o., jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 17 i o odrzuceniu jego oferty w zakresie części nr 17 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty zamawiający wskazał m.in.

Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt. 5 Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Treść oferty jest jednostronnym zobowiązaniem Wykonawcy do wykonania na rzecz Zamawiającego oznaczonego świadczenia i ma ono merytorycznie odpowiadać opisanym w SWZ potrzebom Zamawiającego.

Zamawiający wymagał, aby Wykonawca w formularzu ofertowym wyspecyfikował: Rozmiar opony/Nazwa opony/Producent opony/Opona radialna lub diagonalna/Typ opony/Numer homologacji/ Indeks prędkości/ /Indeks nośności/ Warunki eksploatacji. Wykonawca w zakresie zadania nr (...) 17 (...) nie wskazał numeru homologacji, (...).

Należy jasno zaznaczyć, iż wskazanie konkretnych parametrów powoduje, że zamawiający może w prawidłowy, rzetelny sposób dokonać badania i oceny ofert oraz powoduje, że w przypadku wyboru oferty zamawiający wie jakiej jakości (klasy) przedmiot umowy zostanie

mu dostarczony. Gdyby dla zamawiającego nie były istotne parametry oferowanego ogumienia to nie wskazywałby dodatkowej kolumny do określenia konkretnych parametrów. (...)

W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca sporządził ofertę niezgodnie z warunkami określonymi przez zamawiającego, tj. nie wskazał parametrów oferowanego ogumienia do czego był zobowiązany dokumentacją postępowania.

Nieprawidłowym działaniem byłoby chęć uzyskania wyjaśnień w przedmiotowym zakresie, gdyż zgodnie z treścią art. 223 ust. 1 pzp., niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym, a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty a próba ustalenia konkretnych parametrów po upływie terminu składania ofert prowadziłaby do zmiany oświadczenia woli jakim jest oferta w zakresie parametrów ogumienia. (...)

Jednym z najważniejszych etapów postępowania jest badanie i ocena ofert, w którym zamawiający jest zobowiązany sprawdzić zgodność treści oferty z warunkami zamówienia, a w przypadku stwierdzenia rozbieżności powinien wdrożyć procedurę naprawczą, na podstawie art. 223 ust. 2 ustawy Pzp., o ile będzie ona możliwa do zastosowania. Należy

jednak podkreślić, iż błędy poczynione w złożonej ofercie nie pozwalają na ich poprawienie, jako oczywistych omyłek pisarskich lub innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający, aby być pewnym intencji wykonawcy, co do złożonego oświadczenia woli, musiałby skierować do niego wezwanie do wyjaśnienia treści oferty, które skutkowałoby negocjowaniem treści oferty, a w konsekwencji jej zmiana. Poprawienie omyłek nie może więc służyć dostosowaniu treści oferty do wymagań zamawiającego, czyli do stworzenia nowego oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów zamawiającego, chociaż oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich możliwości.

(por. ww. zawiadomienie, w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w dniu 28 sierpnia 2024 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty wykonawcy Alu-Car Gorzyce K. D., jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 4 i o odrzuceniu jego oferty w zakresie części nr 4 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty zamawiający wskazał m.in.

Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt. 5 Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Treść oferty jest jednostronnym zobowiązaniem Wykonawcy do wykonania na rzecz Zamawiającego oznaczonego świadczenia i ma ono merytorycznie odpowiadać opisanym w SWZ potrzebom Zamawiającego.

Zamawiający wymagał, aby Wykonawca w formularzu ofertowym wyspecyfikował: Rozmiar opony/Nazwa opony/Producent opony/Opona radialna lub diagonalna/Typ opony/Numer homologacji/ Indeks prędkości/ /Indeks nośności/ Warunki eksploataowania. Wykonawca (...) w zakresie zadania nr 4 nie wskazał indeksu nośności. (...)

Należy jasno zaznaczyć, iż wskazanie konkretnych parametrów powoduje, że zamawiający może w prawidłowy, rzetelny sposób dokonać badania i oceny ofert oraz powoduje, że w przypadku wyboru oferty zamawiający wie jakiej jakości (klasy) przedmiot umowy zostanie mu dostarczony. Gdyby dla zamawiającego nie były istotne parametry oferowanego ogumienia to nie wskazywałby dodatkowej kolumny do określenia konkretnych parametrów. (...)

W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca sporządził ofertę niezgodnie z warunkami określonymi przez zamawiającego, tj. nie wskazał parametrów oferowanego ogumienia do czego był zobowiązany dokumentacją postępowania oraz zaoferował w zakresie zadania nr 10 przedmiot niezgodny z wymaganiami.

Nieprawidłowym działaniem byłoby chęć uzyskania wyjaśnień w przedmiotowym zakresie, gdyż zgodnie z treścią art. 223 ust. 1 pzp., niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym, a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty a próba ustalenia konkretnych parametrów po upływie terminu składania ofert prowadziłaby do zmiany oświadczenia woli jakim jest oferta w zakresie parametrów ogumienia. (...)

Jednym z najważniejszych etapów postępowania jest badanie i ocena ofert, w którym zamawiający jest zobowiązany sprawdzić zgodność treści oferty z warunkami zamówienia, a w przypadku stwierdzenia rozbieżności powinien wdrożyć procedurę naprawczą, na podstawie art. 223 ust. 2 ustawy Pzp., o ile będzie ona możliwa do zastosowania. Należy jednak podkreślić, iż błędy poczynione w złożonej ofercie nie pozwalają na ich poprawienie, jako oczywistych omyłek pisarskich lub innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający, aby być pewnym intencji wykonawcy, co do złożonego oświadczenia woli, musiałby skierować do niego wezwanie do wyjaśnienia treści oferty, które skutkowałoby negocjowaniem treści oferty, a w konsekwencji jej zmiana. Poprawienie omyłek nie może więc służyć dostosowaniu treści oferty do wymagań zamawiającego, czyli do stworzenia nowego oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów zamawiającego, chociaż oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich możliwości. (...)

(por. ww. zawiadomienie, w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania bez merytorycznego rozpoznawania wskazując, że nie zostały spełnione przesłanki z art. 505 ustawy Pzp. Zamawiający argumentował we wniosku, że przedmiotem zarzutów odwołania była wyłącznie czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego i zaniechanie czynności zamawiającego, mającej polegać na poprawieniu omyłki w treści jego oferty.

Stanowisko zamawiającego okazało się chybione. Jak wynikało wprost i jednoznacznie z treści odwołania, odwołujący zaskarżył w odwołaniu także czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 4 i części nr 17 zamówienia. Świadczyły o tym następujące fragmenty odwołania:

wnoszę odwołanie wobec odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie zadań nr 4 i 17 i w konsekwencji wyboru ofert w ww. zadaniach odpowiednio firmy ALU-CAR Gorzyce K. D. z siedzibą w Sandomierzu oraz MOTO BUDREX sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy. (...)

Odwołujący wnosi o:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie zadań nr 4 oraz 17;
- unieważnienie czynności wyboru ofert ww. Wykonawców w zakresie zadań nr 4 oraz 17;
- dokonanie ponownej oceny badania i oceny ofert w zakresie ww. zadań.

(...)

Odwołujący wskazuje, iż gdyby nie niezasadne odrzucenie oferty Wykonawcy, Odwołujący uzyskałby zamówienia w zakresie obydwu ww. części.

Nie można było się zatem zgodzić z zamawiającym, aby przedmiotem zarzutów odwołania była wyłącznie czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego i zaniechanie czynności zamawiającego, polegającej na poprawieniu omyłki w ofercie odwołującego. Przypomnienia wymaga, że za zarzut uznaje się wskazanie okoliczności faktycznych, mających świadczyć o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zarzuty wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach nr 4 i nr 17 zostały zatem niewątpliwie przez odwołującego sformułowane. Wniosek zamawiającego okazał się zatem chybiony.

W konsekwencji Izba rozpoznała odwołanie merytorycznie i uznała, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Powodem odrzucenia oferty odwołującego w zakresie części 17 było to, że odwołujący nie wskazał numeru homologacji dla zaoferowanej przez siebie opony. Powyższe miało być niezgodne ze wzorem formularza ofertowego, w którym zamawiający wymagał, aby wykonawca wyspecyfikował m.in. numer homologacji.

Z kolei powodem odrzucenia oferty odwołującego w zakresie części 4 było to, że odwołujący nie wskazał indeksu nośności dla zaoferowanej przez siebie opony. Powyższe miało być niezgodne ze wzorem formularza ofertowego, w którym zamawiający wymagał, aby wykonawca wyspecyfikował m.in. indeks nośności.

Ustalono, że odwołujący złożył formularz ofertowy, w którym w tabeli wskazał następujące dane identyfikujące przedmiot świadczenia:

E <sub>c</sub> > CD N	Rozmiar opony	Nazwa opony	Producent opony	Opona radialna lub diagonalna	Typ opony (dętkowa, bezdętkowa)	Numer homologacji	indeks prędkości	indeks nośności	Warunki eksploat. (letnia, zimowa, całoroczna)
4	12.00-20	W16A	NEUM ASTER	Radialna	TT	E9*54R0 0/256691 *00	J		całoroczna możliwość eksploatacji M+S
17	14.00R20	X Force ZL	Michelin	Radialna	TL		K	168/165	całoroczna możliwość eksploatacji

Jak wynikało z powyższego, faktycznie odwołujący nie zastosował się do wzoru formularza ofertowego i nie podał indeksu nośności dla opony zaoferowanej przez siebie w części 4, nie podał także numeru homologacji dla opony zaoferowanej przez siebie w części nr 17 zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 7 pkt 29 Pzp, przez warunki zamówienia rozumie się warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jednocześnie jednak, przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp zamawiający ma obowiązek zbadania, czy nie zachodzą przesłanki do poprawienia w ofercie wykonawcy tzw. innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty. Powyższe wynika z przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, w

razie zaistnienia przesłanek jego zastosowania zamawiający ma obowiązek, a nie tylko prawo poprawy omyłki. Wskazuje na to użyte przez ustawodawcę słowo „poprawia”.

Jak wyjaśniono w orzecznictwie TSUE zasada równego traktowania nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistych omyłek, przy czym należy jednak przestrzegać określonych wymogów. TSUE stwierdził także, że żądanie wyjaśnienia oferty nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (zob. wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 40; z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36). (por. wyrok Trybunału dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16).

Zdaniem izby, w okolicznościach danej sprawy, zamawiający miał obowiązek poprawić w ofercie odwołującego omyłki polegające na niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Izba stwierdziła bowiem, że poprawa omyłek nie prowadziłaby do jakiegokolwiek zmiany oferty złożonej przez odwołującego.

Jeśli chodzi o część 4 zamówienia, to odwołujący określił przedmiot oferowanego świadczenia podając w formularzu ofertowym parametry opony takie jak rozmiar opony, nazwa opony, producent opony, typ opony, numer homologacji, indeks prędkości oraz warunki eksploatacji. Nie podał jedynie indeksu nośności. Jednakże wartość indeksu nośności dla tak jednoznacznie sprecyzowanej opony mogła być tylko jedna. Zamawiający i przestępujący nie udowodnili, że dla opony zaoferowanej przez odwołującego istnieje więcej niż jeden indeks nośności. Tymczasem odwołujący wskazał, że ww. wartość można łatwo zidentyfikować korzystając z popularnej wyszukiwarki google: . Odwołujący złożył w charakterze dowodu wydruk wyniku wyszukiwania dla oferowanej przez siebie opony, z którego jednoznacznie wynikała informacja w

zakresie indeksu nośności.

W takiej sytuacji poprawienie oferty odwołującego w części 4 o brakujący indeks nośności zaoferowanej opony nie tylko nie spowoduje istotnej, ale nawet jakiegokolwiek zmiany przedmiotu świadczenia. W dalszym ciągu bowiem przedmiotem oferty będzie ta sama opona zidentyfikowana i zindywidualizowana przez odwołującego w formularzu ofertowym, która posiada jeden jedyny indeks nośności. Co więcej indeks ten zamawiający mógł ustalić samodzielnie, nie występując o wyjaśnienia do odwołującego. Nawet gdyby jednak zamawiający wystąpił do wykonawcy z wezwaniem o złożenie wyjaśnień odnośnie oferty w trybie art. 223 ust. 1 Pzp, to wyjaśnienia takie nie prowadziłyby do niedozwolonych

negocjacji między nim a odwołującym. Jak wcześniej wskazano, w wyniku wyjaśnień przedmiot świadczenia nie uległby bowiem jakiegokolwiek zmianie.

Jeśli chodzi o część 17, to odwołujący określił przedmiot oferowanego świadczenia podając w formularzu ofertowym parametry opony takie jak: rozmiar opony, nazwa opony, producent opony, typ opony, indeks nośności opony, indeks prędkości opony oraz warunki jej eksploatacji. Wykonawca nie podał jedynie numeru homologacji. Jednakże numer homologacji dla tak jednoznacznie sprecyzowanej opony mógł być tylko jeden.

W tym zakresie dostrzeżenia wymagało, że zgodnie z modyfikacją SWZ z dnia 25 czerwca 2024 r. zamawiający dopuścił zaoferowanie w części nr 17 wyłącznie opony firmy Michelin X Force ZL. Odwołujący zaoferował zaś zamawiającemu dokładnie taką oponę. Co istotne, oponę taką zaoferowali zamawiającemu także wszyscy inni wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia w części nr 17.

Owszem odwołujący nie podał informacji o nr homologacji dla zaoferowanej przez siebie opony. Jednakże numer homologacji dla tak jednoznacznie sprecyzowanej opony mógł być tylko jeden, to jest: E2\*54R00/24\*20609\*02 (E20020609). Zamawiający i przystępujący nie udowodnili, że dla opony zaoferowanej przez odwołującego istnieje więcej niż jeden numer homologacji. Ponadto twierdzenia odwołującego, iż dla opony firmy Michelin X Force ZL, o cechach wskazanych w formularzu ofertowym, istnieje tylko jeden, wyżej wymieniony numer homologacji, znalazły potwierdzenie w dowodzie złożonym przez przystępującego na posiedzeniu (komunikat z homologacji nr E2\*54R00/24\*20609\*02 z dnia 29 lipca 2022 r.).

W tak określonej sytuacji faktycznej poprawienie oferty odwołującego w części 17 o brakującej informacji o numerze homologacji nie tylko nie spowoduje istotnej, ale nawet jakiegokolwiek zmiany świadczenia zaoferowanego przez odwołującego. W dalszym ciągu bowiem przedmiotem oferty będzie opona Michelin X Force ZL, zidentyfikowana i zindywidualizowana przez odwołującego w formularzu ofertowym, która posiada jeden jedyny numer homologacji wskazany powyżej. Numer homologacji zamawiający mógł ustalić samodzielnie, nawet nie występując o wyjaśnienia do odwołującego. Numer ten podali bowiem wszyscy inni wykonawcy oferujący zamawiającemu identyczny co odwołujący model opony tj. Michelin X Force ZL. Nawet gdyby jednak zamawiający wystąpił do wykonawcy z wezwaniem o złożenie wyjaśnień odnośnie oferty w trybie art. 223 ust. 1 Pzp, to wyjaśnienia takie nie prowadziłyby do niedozwolonych negocjacji między nim a odwołującym. Jak wcześniej wskazano, w wyniku wyjaśnień przedmiot świadczenia nie uległby bowiem jakiegokolwiek zmianie.

Zgodzić należało się z zamawiającym i przystępującym wyłącznie w tym, że odwołujący błędnie argumentował jakoby zamawiający mógł ustalić brakujący nr homologacji także w oparciu o fakt, że już eksploatuje w swych pojazdach opony zaoferowane przez odwołującego. Uszło uwadze odwołującego, że zamawiający do tej pory eksploatował inny model opony, to jest Michelin XZL+. Opona Michelin XZL + posiadała zaś inny numer homologacji niż opona Michelin X Force ZL, a mianowicie nr E20011704. Powyższe izba ustaliła na podstawie dowodu z dokumentu homologacji dla opony Michelin XZL+, jaki przystępujący złożył w trakcie posiedzenia. Takie ustalenie nie zmieniło jednak faktu, że zamawiający miał podstawy do ustalenia właściwego, brakującego numeru homologacji. Jak wskazano wcześniej, zamawiający mógł to uczynić choćby na podstawie ofert innych wykonawców, którzy zaoferowali dokładnie ten sam model opony co odwołujący, a który okazał się zarazem jedynym modelem dopuszczonym do ofertowania.

Kierując się powyższymi rozważaniami izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia ustawy Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania w częściach nr 4 i nr 17, gdyż zamawiający z naruszeniem ustawy odrzucił ofertę odwołującego, która może być wybrana jako najkorzystniejsza w ww. częściach.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach nr 4 i nr 17, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w częściach nr 4 i nr 17, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w częściach nr 4 i nr 17, w tym wykonanie - na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych - czynności poprawienia w ofercie odwołującego w częściach nr 4 i nr 17 innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł, oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów

postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....