Sygn. akt: KIO 391/16

WYROK
z dnia 30 marca 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie: −

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 marca 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 marca 2016 roku przez wykonawcę **Auto Fus T. Fus sp.j., ul. Ostrobramska 73, 03 – 175 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Biuro Ochrony Rządu, ul. Podchorążych 38, 00 – 463 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Porsche Inter Auto Polska Sp. z o.o., ul. Połczyńska 118a, 01-304 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
   a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
   b) unieważnienie czynności odrzucenia oferty **Auto Fus T. Fus sp.j., ul. Ostrobramska 73, 03 – 175 Warszawa;**
   c) wezwanie wykonawcy **Auto Fus T. Fus sp.j., ul. Ostrobramska 73, 03 – 175 Warszawa** do złożenia, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnień dotyczących treści jego oferty w zakresie pozycji 70 oraz 76 Załącznika nr 1a do SIWZ;
   d) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża **Biuro Ochrony Rządu, ul. Podchorążych 38, 00 – 463 Warszawa** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Auto Fus T. Fus sp.j., ul. Ostrobramska 73, 03 – 175 Warszawa tytułem wpisu od odwołania;
   2.2. zasądza od **Biura Ochrony Rządu, ul. Podchorążych 38, 00 – 463 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Auto Fus T. Fus sp.j., ul. Ostrobramska 73, 03 – 175 Warszawa** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 391/16

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„dostawa 20 szt. samochodów osobowych”.* Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej w dniu 16 stycznia 2016 r. pod numerem 2016/S 011-014858.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

a) zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie pozycji 70 oraz 76 Załącznika nr 1 a do SIWZ, wypełnionego przez Odwołującego i stanowiącego część jego oferty;
b) zaniechania poprawienia oferty Odwołującego w zakresie ww. pozycji;
c) bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
d) wyboru oferty Porsche Inter Auto Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oferty;
e) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Wskazując na powyższe Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, iż oferta Odwołującego w pozycji 70 oraz 76 Załącznika nr 1 a do SIWZ zawierała braki co do elementów wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ niepodlegające wyjaśnieniu, podczas gdy mając na uwadze całość oferty Odwołującego oraz informacje zawarte w różnych jej częściach, w tym zakresie można mówić co najwyżej o niejasnościach, które podlegają obowiązkowemu wyjaśnieniu przez Wykonawcę w trybie ww. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp;
2) art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez bezzasadne uznanie, iż przepis ten nie znajduje zastosowania do oferty Odwołującego, a tym samym, iż oferta Odwołującego nie może być poprawiona na podstawie tego przepisu pomimo, iż dostrzeżona przez Zamawiającego niespójność oferty w stosunku do treści SIWZ ma charakter nieistotny i możliwe jest poprawienie oferty Odwołującego w oparciu o jej treść, nie wytwarzając żadnej nowej treści, a tym samym nie doprowadzając do zmiany oferty;
3) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, iż oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ w stopniu pozwalającym na jej odrzucenie na podstawie tego przepisu bez uprzedniego wezwania Odwołującego do złożenia

---

wyjaśnień treści oferty, a także z pominięciem możliwości poprawienia oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, chociaż istniały ku temu podstawy.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
3. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
5. wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie pozycji 70 oraz 76 Załącznika nr 1a do SIWZ, a następnie poprawienia jego oferty stosownie do uzyskanych wyjaśnień w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
6. a w konsekwencji nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów dołączonych do odwołania (na okoliczności wskazane w odwołaniu),
2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego wskazał, iż podstawę do podjęcia przedmiotowej czynności stanowią następujące braki dostrzeżone w Załączniku nr 1a do SIWZ (parametry techniczne samochodu):

a) w pozycji 70 dotyczącej sygnałów uprzywilejowania w ruchu drogowym - Odwołujący nie podał producenta oferowanych urządzeń, poprzestając jedynie na wskazaniu ich typu oraz mocy;
b) w pozycji 76 dotyczącej punktów serwisowych - Odwołujący nie podał adresu punktów

serwisowych, poprzestając jedynie na wpisaniu w kolumnie 5 słowa „tak".

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający jednocześnie błędnie uznał, iż ww. braki w ofercie wykluczają możliwość wystąpienia do Odwołującego o złożenie wyjaśnień, dotyczących treści oferty, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz poprawienia omyłek jako innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ"). Zamawiający powołał się przy tym, w ocenie Odwołującego, na nieznajdujący zastosowania w niniejszej sprawie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, który rzekomo miał stanowić szczególne uzasadnienie dla decyzji Zamawiającego.

Odwołujący uważa, że ze stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić.

Dokonał on bowiem badania oferty Odwołującego pod kątem jej zgodności z treścią SIWZ w sposób bezrefleksyjny, wybiórczy i w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp, w szczególności pomijając procedurę wyjaśnień przewidzianą w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, iż w orzecznictwie podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, o jakiej mowa w art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy czy usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych do wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania zamawiającego. Znamienne przy tym, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi wyłącznie wówczas, gdy treść oferty jest w sposób oczywisty i niebudzący wątpliwości sprzeczna z treścią wymagań określonych przez zamawiającego (wyrok KIO z dnia 27 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1463/15; KIO 1466/15; KIO 1476/15).

Dalej Odwołujący zwrócił uwagę, że nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie zawsze będzie podstawą do odrzucenia oferty, gdyż przywołany powyżej art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który przewiduje możliwość poprawienia oferty, zawierającej tzw. inne omyłki (tj. inne niż oczywiste omyłki pisarskie oraz rachunkowe), polegające na niezgodności oferty z SIWZ, lecz niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, bowiem obowiązkiem Zamawiającego jest poprawienie niezgodności z SIWZ zaistniałych w złożonej ofercie, nie mających istotnego charakteru. Odwołujący powołując się na orzecznictwo wskazał, że „zaniechanie *takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, co nie zapewnia rozstrzygnięcia postępowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (wyrok* KIO z dnia 22 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1472/15, jak również wyrok KIO z 17 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 674/15).

Odwołujący dostrzegł również, że podejście takie wypisuje się również w dyrektywy dotyczące badania ofert, wynikające z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, gdzie wskazuje się na obowiązywanie wspólnotowej zasady dobrej administracji, która nakazuje, aby w przypadku wątpliwości co do treści oferty zamawiający w pierwszej kolejności wykorzystał swoje uprawnienie do żądania wyjaśnień od wykonawców (orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji z dnia 27 września 2002 r. w sprawie o sygn. akt: T-211/02, Lex nr 139545). Za sprzeczne z tą zasadą TSUE uznaje, jak podał Odwołujący, odrzucenie oferty przez zamawiającego w sytuacji, gdy niejasności i wątpliwości mógł on w prosty sposób zidentyfikować i usunąć, co zdaniem Odwołującego, miało miejsce właśnie w jego przypadku.

Odwołujący podkreślił przy tym, co również wynika z ugruntowanego orzecznictwa

---

KIO (wyrok KIO z 22 lipca 2015, sygn. akt: KIO 1472/15 oraz wyrok KIO z dnia 11 maja 2012 r. sygn. akt: KIO 838/12), iż o dopuszczalności zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie decyduje możliwość samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłki, bez udziału wykonawcy. Przepis ten takiej przesłanki nie formułuje. Co więcej podkreśla się, że skorzystanie przez zamawiającego z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp może być wręcz w niektórych przypadkach nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla ustalenia, w jaki sposób należałoby ją poprawić. Należy bowiem odróżnić dopuszczalne przez przepisy ustawy Pzp skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy w treść jego oferty, prowadzącej na przykład do

zmiany oferty czy do jej negocjacji.

Odwołujący podniósł, że również sam Zamawiający w niniejszym postępowaniu zdaje się podzielać opinię o dopuszczalności poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp po uprzednim wezwaniu Wykonawcy do wyjaśnień, błędnie jednak przyjmując, że w przypadku Odwołującego uzyskanie wyjaśnień doprowadziłoby *de facto* do zmiany/uzupełnienia jego oferty, poprzez podanie treści, których w ogóle w ofercie nie ma.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego, decyzja Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest błędna i nie znajduje oparcia w prawie. W stosunku do jego oferty nie zachodzi bowiem oczywista, zasadnicza i nieusuwalna niezgodność z treścią SIWZ. Mając natomiast na uwadze całokształt oferty Odwołującego, w tym załączone do niej dokumenty, Zamawiający zobowiązany był w pierwszej kolejności do wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie pozycji 70 oraz 76 Załącznika 1a do SIWZ, zaś w dalszej kolejności do poprawienia oferty Odwołującego w tym zakresie w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czego jednak bezprawnie zaniechał.

W odniesieniu do pozycji 70 Załącznika 1a do SIWZ - sygnały uprzywilejowania w ruchu drogowym – zdaniem Odwołującego, Zamawiający błędnie zarzuca Odwołującemu, iż wbrew wymogom zawartym w kolumnie 4 zaniechał podania w ofercie producenta zaoferowanych urządzeń, wskazując jedynie ich typ, a w odniesieniu do głośnika jedynie jego moc.

Odwołujący podniósł, że skupiając się jedynie na treści ww. pozycji i sposobie jej wypełnienia przez Odwołującego, Zamawiający pominął jednak kluczową część oferty, która wprost odwołuje się do tej pozycji, a która pozwala na ustalenie producenta urządzeń sygnalizacji uprzywilejowania w ruchu drogowym. Mianowicie na stronie 2 oferty Odwołującego w pkt. 8, Odwołujący wskazał: *„Podwykonawcom powierzamy wykonanie następujących czynności: Dostawę i montaż sygnałów uprzywilejowania w ruchu drogowym oraz montaż dostarczonego przez zamawiającego radiotelefonu zgodnie z poz. 70 i 71 z zał. 1a do SIWZ. Czynności te zostaną powierzone firmie Transmed. ul. Rodziewiczówny 25, 05-270 Marki."*

Dalej Odwołujący wyjaśnił, że Transmed jest znanym na rynku oficjalnym (i wyłącznym na terenie Polski) autoryzowanym przedstawicielem firmy Federal Signal Vama - producenta sygnalizacji uprzywilejowania pojazdów (dalej jako „Federal"). Odwołujący podał, że przedstawiciel ten jest również znany Zamawiającemu, bowiem firma Transmed wielokrotnie wyposażała pojazdy Biura Ochrony Rządu w urządzenia ww. producenta. Odwołujący wskazał jednocześnie, iż firma Transmed nie posiada w swojej ofercie tego rodzaju urządzeń pochodzących od innego producenta, co znajduje oparcie w umowie zawartej z firmą Federal, na dowód czego Odwołujący przedłożył oświadczenie firmy Transmed z dnia 14 marca 2016 r.

Odwołujący podniósł, że urządzenia sygnalizacji uprzywilejowania wskazane i opisane przez Odwołującego w kolumnie 5 pozycji 70 (poprzez podanie ich typu, nazwy handlowej lub mocy), które zgodnie z treścią oferty Odwołującego miały zostać dostarczone przez firmę Transmed, stanowią urządzenia pochodzące wprost z oferty samego producenta, tj. firmy Federal, który w swoim katalogu określa je w ten sam sposób. Informacje o ww. urządzeniach, w tym ich nazwa, typ oraz szczegółowy opis wraz z podaniem ich producenta zamieszczone są na publicznie dostępnej stronie internetowej firmy Transmed, mieszczącej się pod adresem: www.federal.pl. Odwołujący zauważył przy tym, że już sam ten adres zawiera w sobie określenie producenta ww. urządzeń. Wynika to bowiem ze wskazanego powyżej faktu, iż Transmed jest dystrybutorem wyłączonym urządzeń sygnalizacji uprzywilejowania w ruchu drogowym tego właśnie producenta w Polsce i nie ofertuje tego rodzaju urządzeń innych producentów. Znamienne przy tym, zdaniem Odwołującego, że w każdym miejscu na powyżej wskazanej stronie internetowej, logo firmy Transmed pojawia się zawsze w towarzystwie logo producenta Federal ze wskazaniem, iż jest to oficjalny, autoryzowany przedstawiciel tego producenta z wyłącznością w sprzedaży urządzeń tego producenta na terenie Polski. Odwołujący przedstawił poglądowe zdjęcie ze wskazanej strony internetowej.

Odwołujący zauważył również, że w taki też sposób firma Transmed jest postrzegana na rynku polskim i utożsamiana z ww. producentem. Na dowód powyższych twierdzeń, Odwołujący załączył do niniejszego odwołania dostępne na stronie internetowej www.federal.pl informacje handlowe wraz z bardziej szczegółowymi kartami produktu,

dotyczące urządzeń wskazanych precyzyjnie przez Odwołującego w kolumnie 5 pozycji 70, tj. dla lampy magnetycznej LM 400, wzmacniacza systemu dźwiękowego AS 320, lamp kierunkowych nanoled, głośnika 100W.

Odwołujący dostrzegł, że we wszystkich ww. materiałach pojawia się informacja o producencie tych urządzeń, tj. Federal oraz jego logo. Również na stronie internetowej samego producenta wskazuje on Transmed jako jedyny podmiot w Polsce będący dystrybutorem urządzeń Federal. Na dowód powyższego Odwołujący przedłożył informację

ze strony internetowej Federal na temat podmiotu pełniącego funkcję jego przedstawiciela w Polsce.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego, jest oczywiste, że wskazując w pkt. 8 formularza oferty na firmę Transmed (wyłącznego przedstawiciela producenta Federal w Polsce), jak również posługując się w pozycji 70 nazwami własnymi urządzeń, pochodzącymi wprost z katalogu ofertowego Federal, Odwołujący zdefiniował tym samym producenta urządzeń skonkretyzowanych w pozycji 70 Załącznika 1a do SIWZ.

Niezasadne jest zatem, w ocenie Odwołującego, twierdzenie Zamawiającego jakoby brak wskazania producenta w kolumnie 5 pozycji 70 uniemożliwiał mu jednoznaczną identyfikację tych urządzeń oraz stwierdzenie, czy spełniają one stawiane przez Zamawiającego wymogi. Identyfikacji takiej Zamawiający mógł bowiem dokonać, zdaniem Odwołującego, nawet samodzielnie na podstawie określonych w pozycji 70 typów (nazw) wskazanych tam urządzeń oraz ww. pkt. 8 oferty i podanej tam informacji o tym, iż urządzenia dostarczy i zamontuje firma Transmed, która jak wskazano powyżej, jest przedstawicielem producenta Federal. Z pewnością zaś, jak zauważył Odwołujący, Zamawiający uzyskałby potwierdzenie na tę okoliczność od samego Odwołującego, dla rozwiania wszelkich wątpliwości, które mogły powstać w tym zakresie, gdyby wezwał go do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czego jednak Zamawiający, zdaniem Odwołującego, bezprawnie zaniechał.

Uzyskane wyjaśnienia mogłyby natomiast bez przeszkód prowadzić do poprawienia oferty Odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako tzw. inne omyłki, doprowadzając ofertę Odwołującego do pełnej zgodności z SIWZ, nie powodując istotnej zmiany tejże oferty. Nie sposób bowiem mówić, zdaniem Odwołującego, o istotnej zmianie, skoro informacja o producencie omawianych urządzeń wynikała wprost z oferty, a co kluczowe, na podstawie treści oferty możliwe jest ustalenie bez jakichkolwiek wątpliwości, że intencją Odwołującego było zaoferowanie urządzeń produkcji Federal, skoro wskazał on wyraźnie, że urządzenia te będzie dostarczała firma Transmed - wyłączny przedstawiciel tego producenta i sprzedający wyłącznie produkty Federal. Zmiana wprowadzona do oferty Odwołującego oddawałaby zatem, w ocenie Odwołującego, w 100% pierwotny sens i znaczenie złożonej oferty, co jak potwierdza orzecznictwo Izby, jest przesłanką do uznania danej zmiany za nieistotną.

W odniesieniu do pozycji 76 Załącznika 1a do SIWZ - adresy punktów serwisowych – Odwołujący podniósł, że Zamawiający bezpodstawnie zarzucił Odwołującemu, iż wbrew wymogom zawartym w kolumnie nr 4 nie wskazał adresu (adresów) punktów serwisowych, poprzestając jedynie na wpisaniu w kolumnie nr 5 słowa „tak", co zdaniem Zamawiającego, nie wskazuje konkretnego wymaganego punktu serwisowego.

W tym kontekście Odwołujący w pierwszej kolejności zwrócił uwagę, iż opis zawarty

przez Zamawiającego w kolumnie 2 pozycji 76 Załącznika nr 1a do SIWZ jest jedynym miejscem w całej dokumentacji przetargowej, zawierającym wymagania dotyczące punktów serwisowych. Zgodnie natomiast z tym opisem *„Wykonawca wskaże serwis do wykonywania obsług i napraw gwarancyjnych na terenie miasta stołecznego Warszawy".* W kolumnie 4 zaś Zamawiający wskazał: „Wpisać *adres (adresy) punktów serwisowych".* Zamawiający nie wymagał zatem, w ocenie Odwołującego, aby Wykonawca wskazał określoną liczbę punktów serwisowych, czy też, aby miały one konkretne położenie (odległość) w stosunku, np. do siedziby Zamawiającego. Nie wskazał też, co rozumie pod pojęciem „adres", w szczególności, iż w ramach adresu podać należy miejscowość oraz ulicę.

Odnosząc powyższe do udzielonej przez Odwołującego w kolumnie 5 odpowiedzi „tak", zdaniem Odwołującego, należy dojść do wniosku, iż Odwołujący odnosząc się w tym

miejscu do „parametrów' wyszczególnionych przez Zamawiającego w kolumnie 2, poprzez słowo „tak" potwierdził tym samym co najmniej, iż jego oferta obejmuje *„serwis do wykonywania obsług i napraw gwarancyjnych na terenie miasta stołecznego Warszawy",* zgodnie z wymogiem Zamawiającego. Mając na uwadze kontekst, w jakim ww. słowo „tak" zostało użyte, nie powinno być żadnych wątpliwości, w opinii Odwołującego, że odnosi się ono właśnie do wymogów Zamawiającego, opisanych w kolumnie 2. i stanowi ich potwierdzenie - takie jest bowiem znacznie słowa „tak".

Niezrozumiałe i chybione, zdaniem Odwołującego, jest zatem twierdzenie Zamawiającego, jakoby słowo „tak" nie wskazywało wprost na konkretny punkt serwisowy, w szczególności taki, który zgodnie z wymaganiem Zamawiającego znajduje się na terenie Warszawy. Co więcej, w ocenie Odwołującego, Zamawiający badając ofertę Odwołującego i skupiając się jedynie na ww. kolumnie 5 w pozycji 76 Załącznika nr 1a do SIWZ, pominął całkowicie inne dokumenty załączone do oferty, z których bezsprzecznie wynikało, iż punkt serwisowy wykonujący obsługi i naprawy gwarancyjne, mieszczący się na terenie Warszawy, jest prowadzony przez Odwołującego pod adresem jego siedziby, tj. w Warszawie przy ul. Ostrobramskiej 73, co jest rozwiązaniem standardowym w tej branży. Odwołujący zwrócił uwagę, że do oferty załączono:

a) warunki gwarancji udzielanej przez Odwołującego, gdzie w pkt. 5 wskazano, iż: *„Naprawy gwarancyjne mogą być wykonywane wyłącznie przez podmiot posiadający status dealera BMW"* - nie ma przy tym wątpliwości, jak podał Odwołujący, że Odwołujący jest gwarantem i jednocześnie dealerem BMW (w innym wypadku nie mógłby Zamawiającemu złożyć oferty);
b) warunki pakietu BMW Repair Inclusive, gdzie w drugim akapicie wskazano, iż: *„Warunkiem uzyskania* świadczeń *w ramach Pakietu Naprawczego BMW jest prawidłowa eksploatacja pojazdu oraz wykonywanie przeglądów, napraw i prac konserwacyjnych w autoryzowanej sieci dealerskiej zgodnie z zaleceniami producenta"*

- również w tym zakresie nie ma wątpliwości, zdaniem Odwołującego, iż Odwołujący jest członkiem autoryzowanej sieci dealerskiej; z dokumentu tego wynika również, że pakiet ten obejmuje naprawę usterek dotyczących pojazdu;

c) warunki pakietu serwisowego BMW Service Inclusive Plus, gdzie w akapicie pierwszym wskazano, iż: *„Przy zakupie „BMW Service Inclusive Plus" (dalej zwanym pakietem serwisowym"), klient nabywa powiązane z pojazdem prawo do wykonywania prac serwisowych w uzgodnionym okresie ważności, począwszy od daty rejestracji pojazdu lub do czasu osiągnięcia uzgodnionego przebiegu (w zależności co nastąpi pierwsze) u* sprzedającego dealera *lub dowolnego uczestniczącego w programie autoryzowanego warsztatu BMW"* – Odwołujący zwrócił uwagę, że dokument ten wprost nawiązuje do Odwołującego, który składając ofertę Zamawiającemu występuje w roli sprzedającego dealera; z dokumentu tego wynika również, iż pakiet ten obejmuje zarówno przeglądy jak i wymianę części;
d) odpis z KRS dotyczący Odwołującego, z którego bezsprzecznie wynika, iż siedziba Odwołującego mieści się w Warszawie, przy ul. Ostrobramskiej 73; taki też adres pojawiał się w samej ofercie Odwołującego i na wszystkich pieczątkach.

Na potwierdzanie powyższego, do niniejszego odwołania załączono:

1) kopię załączonych do oferty: warunków gwarancji, warunków pakietu BMW Reapir Inclusive oraz pakietu BMW Service Inclusive Plus;
2) oświadczenie BMW Vetriebs GmbH z dnia 15 marca 2016 r., potwierdzające, iż zgodnie z postanowieniami umowy dealerskiej zawartej z Odwołującym, czynności z zakresu napraw (w tym napraw gwarancyjnych) oraz obsługi serwisowej Odwołujący, będący dealerem, zobowiązany jest wykonywać w punkcie serwisowym mieszczącym się pod adresem jego siedziby, tj. w Warszawie, przy ul. Ostrobramskiej 73, jak również, iż Odwołujący jest członkiem autoryzowanej sieci dealerskiej marki BMW.

Zdaniem Odwołującego, nie można również pomijać tego, iż Odwołujący, jako autoryzowany dealer samochodów marki BMW, zaoferował Zamawiającemu model samochodu właśnie tego konkretnego producenta, tj. samochód osobowy BMW 750iL xDrive, co również daje podstawą do ustalenia, iż podmiotem prowadzącym punkt serwisowy jest Odwołujący i że prowadzi go pod adresem swej siedziby przy ul. Ostrobramskiej 73 w Warszawie. Jest to bowiem informacja powszechnie dostępna, możliwa do ustalenia zarówno poprzez stronę internetową BMW, Odwołującego, jak również poprzez każdą

wyszukiwarkę internetową, na potwierdzenie czego Odwołujący przedstawił wydruki ze stron internetowych.

Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego, na podstawie informacji dostępnych w samej ofercie i szeregu załączonych do niej dokumentów, możliwe było ustalenie, iż Odwołujący spełnił wymogi SIWZ, dotyczące punktu serwisowego, wykonującego zakres

czynności oczekiwanych przez Zamawiającego w mieście stołecznym Warszawa. Nie może być również wątpliwości co do adresu, pod jakim mieści się tenże punkt serwisowy, bowiem i ten element wynika z konkretnych dokumentów składających się na ofertę Odwołującego, które Zamawiający pominął w toku badania tejże oferty.

W kontekście zaś udzielonej przez Odwołującego w pozycji 76 odpowiedzi „tak" można mówić, zdaniem Odwołującego, co najwyżej o wątpliwościach, czy też niejasnościach, które Zamawiający mógł i powinien był wyjaśnić z Odwołującym w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czego jednak Zamawiający bezprawnie zaniechał. Jak sam bowiem zauważa Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, powołując się na odpowiednie orzecznictwo KIO *„procedurą wyjaśnień mogą być objęte te warunki oferty, które budzą jakieś wątpliwości, nie zostały bowiem w sposób jednoznaczny wyartykułowane",* co ma miejsce właśnie w odniesieniu do Odwołującego. Jako że wszystkie informacje, jakie wymagał Zamawiający w odniesieniu do punktu serwisowego znajdują się w ofercie, to Zamawiający nie może w żadnym wypadku twierdzić, w opinii Odwołującego, iż uzyskane w tym zakresie wyjaśnienia Odwołującego mogłyby doprowadzić do uzupełnienia oferty, czy też podania treści w ogóle w ofercie nieistniejącej. Nie można bowiem mówić w tym zakresie o oczywistych i nieusuwalnych brakach świadczących o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Uzyskane wyjaśnienia mogłyby bez przeszkód prowadzić do poprawienia oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp jako tzw. „innej omyłki", nie powodując istotnej zmiany tejże oferty. O tym zaś, iż omyłka taka mogła się zdarzyć i że Zamawiający był obowiązany ją poprawić świadczy chociażby fakt, iż w Załączniku nr 1a do SIWZ Zamawiający przewidział aż 76 różnych pozycji, co do których w większości (bo w 67 pozycjach) wymagał udzielenia przez Wykonawcę odpowiedzi „tak" lub „nie", co mogło generować po stronie Wykonawców różnego rodzaju niezamierzone omyłki, tak jak w przypadku Odwołującego.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, Zamawiający odrzucając jego ofertę na podstawie rzekomych braków w odniesieniu do wskazania punktu serwisowego i stwierdzonej na tej podstawie błędnie niezgodności oferty z treścią SIWZ, Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Podsumowując Odwołujący podniósł, że informacje wymagane w kolumnie 5 w pozycji 70 oraz 76 można było ustalić na podstawie treści oferty Odwołującego. Tym samym nie budzi żadnych wątpliwości dopuszczalność dokonania przez Zamawiającego poprawy oferty Odwołującego w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w odniesieniu do ww. pozycji (o ile uznać, że w świetle całokształtu oferty poprawa taka jest w ogóle potrzebna). Poprawa tego rodzaju nie prowadziłaby bowiem do istotnej zmiany oferty Odwołującego, skoro treści wymagane w przez Zamawiającego w spornych pozycjach 70 oraz 76 wynikają wprost z jego oferty i załączonych do niej dokumentów, a jedynie nie zostały przedstawione

w sposób oczekiwany przez Zamawiającego. W konsekwencji, ewentualne zmiany wprowadzone przez Zamawiającego w ramach poprawy tzw. „innych omyłek" w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w pełni odzwierciedlałyby treść oferty Odwołującego, potwierdzając zawarte w niej intencje Odwołującego. Mając bowiem na uwadze fakt, iż Odwołujący jest dealerem BMW, który standardowo w swej siedzibie prowadzi punkt serwisowy, a dodatkowo jak wskazał w ofercie, dostawa urządzeń sygnałów uprzywilejowania miała nastąpić przez firmę Transmed - wyłącznego w Polsce przedstawiciela urządzeń produkcji Federal - logicznym i zgodnym z doświadczeniem życiowym następstwem musi być przyjęcie, że zamiarem Odwołującego wynikającym z oferty było zaoferowanie ww. urządzeń produkcji Federal oraz wskazanie punktu serwisowego w siedzibie Odwołującego w Warszawie przy ul. Ostrobramskiej 73. Brak zaś tych informacji w rubrykach 70 oraz 76 stanowi jedynie nieistotną omyłkę, którą Zamawiający zobowiązany był poprawić.

W tym przedmiocie Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2015 r.,

sygn. akt: KIO 749/15, KIO 751/15, KIO 757/15, w którym Izba podkreśliła, iż: *„Doświadczenie* życiowe, *jak również sam fakt ubiegania się o udzielenie zamówienia wskazuje, iż celem i istotą działania wykonawcy jest to, by zaoferować przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający treści SIWZ, a nie w sposób z nią sprzeczny".* Odwołujący zwrócił również uwagę na wyrok KIO z 22 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1472/15, w którym podobnie zwrócono uwagę, iż *„(...) jako zasadę należy przyjąć,* że *wykonawca podejmując decyzję o uczestnictwie w postępowaniu i złożeniu w nim oferty chce przez to uczynić zadość postawionym w postępowaniu wymaganiom, w szczególności co do przedmiotu zamówienia, aby oferta odpowiadała treści siwz. W konsekwencji - jeżeli jakieś konkretne okoliczności dobitnie nie wskazują,* że *jest inaczej - należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, a zatem z zamiarem zaoferowania* świadczenia *we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Natomiast nie zawsze wykonawcom udaje się, z różnych względów, złożyć ofertę, której treść jest w pełni zgodna z treścią siwz i wtedy obowiązkiem zamawiającego jest rzetelne rozważenie możliwości zastosowania art. 87 ust 2 pkt 3 p.z.p".*

Zdaniem Odwołującego, w zaistniałym stanie faktycznym, brak podstaw do twierdzenia, że uzyskane przez Zamawiającego od Odwołującego wyjaśnienia treści oferty, a w efekcie dokonana poprawa, mogłyby doprowadzić do uzupełnienia oferty o całkowicie nowe treści, które nie zostały w niej zawarte, czy wręcz do wytworzenia całkowicie nowego oświadczenia. Jak potwierdza orzecznictwo, granicą uznania danej zmiany za nieistotną jest to, na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji co do treści składanej oferty. Przy czym podkreśla się, że

---

kwestie powyższe wymagają oceny dokonanej z uwzględnieniem specyficznych okoliczności każdej konkretnej sprawy, a także celu przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, jakim jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert merytorycznie poprawnych, na skutek zaistnienia niezgodności, które nie mają istotnego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań zamawiającego (wyrok KIO z dnia 15 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 236/12, jak wyrok KIO z 17 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 674/15).

Odwołujący podniósł również, że na powyższe zwrócił szczególną uwagę Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt: XII Ga 102/09, podkreślając, że: *„(...) ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty* musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. *To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia. Nadto należy zaznaczyć,* że *poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Innymi słowy kwantyfikator "istotnych zmian" należy w ocenie sądu odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty".*

Odwołujący zwrócił również uwagę, że podobne stanowisko zajmuje Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, który w swej opinii wskazał, że: *„Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę* świadczenia. *(...) Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone,* że *w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp"* (opinia zawarta na stronie *www.uzp.gov.pl* w zakładce *„Opinie dotyczące ustawy PZP"* zatytułowana *„Omyłki* i *błędy w ofertach wykonawców - analiza na przykładzie orzecznictwa sądów okręgowych i Krajowej izby Odwoławczej".*

Tymczasem jak wprost wynika z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, na co zwrócił uwagę Odwołujący, Zamawiający ocenił ofertę Odwołującego w sposób wybiórczy, skupiając się jedynie na spornych pozycjach 70 oraz 76, z pominięciem pozostałej części oferty oraz załączonych do niej dokumentów, z których bezsprzecznie wynikało, że zamiarem Odwołującego było zaoferowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Wskazując natomiast dodatkowo, że decyzję swą

Zamawiający opiera na konkretnym wyroku KIO zapadłym na gruncie całkowicie odmiennego stanu faktycznego, potwierdził on tym samym, że badanie oferty Odwołującego zostało przeprowadzone w sposób nieprawidłowy i bezrefleksyjny w oderwaniu od

specyficznych okoliczności niniejszej sprawy. Nie sposób bowiem kierować się ww. wyrokiem i oceniać na jego podstawie „istotność zmiany" oferty Odwołującego w zakresie pozycji 70 (czy również 76) nawet, jeżeli zapadł na gruncie postępowania przetargowego o podobnym przedmiocie i dotyczył braków w zakresie określenia producenta urządzeń sygnałów uprzywilejowania. Wyrok ten dotyczył bowiem przypadku, w którym w ofercie będącej przedmiotem oceny KIO w tamtym postępowaniu wykonawca nie opisał oferowanych urządzeń w żaden sposób, tj. nie wskazał ani ich typu ani producenta i w ofercie brak było jakichkolwiek treści pozwalających tego rodzaju informacje ustalić. Tymczasem jak Odwołujący wykazał powyżej, na podstawie całości oferty i załączonych do niej dokumentów, możliwe było ustalenie ponad wszelką wątpliwość, iż producentem urządzeń opisanych w pozycji 70 Załącznika 1a do SIWZ jest firma Federal, zaś przedmiotem oferty w pozycji 76 był punkt serwisowy wykonujący obsługi i naprawy gwarancyjne prowadzony przez Odwołującego pod adresem, w którym ma on swą rejestrową siedzibę, tj. w Warszawie, przy ul. Ostrobramskiej 73, co jest w pełni zgodne z wymaganiami Zamawiającego. W tym też celu, Zamawiający mógł i powinien skorzystać, w ocenie Odwołującego, z możliwości wyjaśnienia treści oferty przewidzianej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w wyniku których Zamawiający mógł uzyskać potwierdzenie co do ww. informacji, zawartych w treści oferty, bez naruszenia zakazu prowadzenia negocjacji z wykonawcą, dotyczących złożonej oferty, czego jednak zaniechał.

Postępowanie Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, stanowi zatem przykład skrajnego formalizmu, nieznajdującego oparcia ani w przepisach ustawy Pzp ani w funkcjonującej praktyce, wynika wyłącznie ze złej woli Zamawiającego. Jest przy tym zaprzeczeniem podkreślanej przez TSUE zasady „dobrej administracji" oraz idei, jaka przeświecała ustawodawcy przy wprowadzaniu aktualnego brzmienia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, którą było wyeliminowanie możliwości odrzucania korzystnych ofert obarczonych nieistotnymi omyłkami, takich właśnie jak oferta Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający zdaje się zapominać, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej dogodnej dla Zamawiającego, lecz wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Z pewnością zaś badając ofertę Odwołującego, takim celem Zamawiający się nie kierował, doprowadzając do wyboru oferty droższej niż oferta Odwołującego oraz z prawie trzykrotnie krótszą gwarancją mechaniczną. Działanie Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, jest zatem nie tylko bezprawne, nierzetelne, ale i niegospodarne.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem 10. pkt 1 i 2 SIWZ *„oferta powinna być przygotowana zgodnie z formularzem ofertowym stanowiącym załącznik nr 1, 1a do niniejszej SIWZ. Formularz oferty*

(załącznik nr 1 do SIWZ) wraz z formularzem parametry techniczne samochodu (załącznik nr 1a do SIWZ) powinien być wypełniony przez Wykonawcę według postanowień niniejszej SIWZ z uwzględnieniem zmian treści SIWZ dokonanych przez Zamawiającego w trybie art. 38 ust. 4 Ustawy".

Załącznik nr 1a do SIWZ zawierał wyszczególnienie parametrów technicznych samochodu osobowego, wymaganych przez Zamawiającego. Przedmiotowy Załącznik został przygotowany przez Zamawiającego w taki sposób, iż Zamawiający w poszczególnych pozycjach opisywał wymagane parametry wskazując w kolumnie numer 4 informacje, jakie muszą być zawarte w kolumnie 5., która z kolei dotyczyła oferty wykonawcy i służyła wpisaniu oferowanych przez wykonawcę parametrów.

Sporną pozycję 70 rzeczonego Załącznika Zamawiający opisał w następujący sposób: *„Sygnały uprzywilejowania w ruchu drogowym:*

1) lampa dachowa typu LED 1 szt. (niebieska) z możliwością wysyłania sygnałów świetlnych *w dwóch wariantach 360 stopni lub 180 stopni (spełniająca wymagania obowiązujące na terenie RP tj. Regulamin 65 EKG/ONZ dla* światła *niebieskiego oraz*

Regulamin 10 EKG/ONZ lub zamiennie Dyrektywę 95/54 EMC dla wszystkich lamp), umożliwiająca jazdę z prędkością maksymalną,

2) wzmacniacz sygnałów (posiadający świadectwo *homologacji na zgodność z Regulaminem 10 EKG/ONZ) oferujący komplet funkcji i sterowanie sygnalizacją* świetlną *i dźwiękową oraz umożliwiający podawanie komunikatów słownych na zewnątrz pojazdu poprzez mikrofon zintegrowany z manipulatorem,*

3) głośnik kompaktowy o mocy min. 100W,

4) lampy typu LED (2 szt. niebieskie – spełniające wymagania obowiązujące na terenie RP tj. Regulamin 65 EKG/ONZ dla światła *niebieskiego oraz Regulamin 10 EKG/ONZ) zamontowane w przedniej części pojazdu.*

Miejsca zamontowania poszczególnych elementów zostaną ustalone z wybranym Wykonawcą, przed podpisaniem umowy".

W kolumnie 4. rzeczonej pozycji Zamawiający wskazał: *„opisać oferowane urządzenia (w tym podać producenta oraz typ oferowanego urządzenia".*

Zaś pozycja 76 przedmiotowego Załącznika zawierała następującą dyspozycję: *„Wykonawca wskaże serwis do wykonywania obsług i napraw gwarancyjnych na terenie miasta stołecznego Warszawy",* jednocześnie w kolumnie 4. rzeczonej pozycji Zamawiający wskazał: *„wpisać adres (adresy) punktów serwisowych".*

Odwołujący przedłożył wraz z ofertą sporny Załącznik, w którym w pozycji 70 w kolumnie 5. w następujący sposób opisał oferowane sygnały uprzywilejowania w ruchu lądowym: *„lampa magnetyczna LM 400, wzmacniacz systemu dźwiękowego AS 320, lampy kierunkowe nanoled, głośnik 100W".* Jednocześnie w pkt. 8 oferty, w którym należało

wskazać podwykonawców i rodzaj powierzonych im czynności Odwołujący podał: *„Dostawę i montaż sygnałów uprzywilejowania w ruchu drogowym oraz montaż dostarczonego przez zamawiającego radiotelefonu zgodnie z poz. 70 i 71 z zał. 1a do SIWZ. Czynności te zostaną powierzone firmie Transmed, ul. Rodziewiczówny 25, 05-270 Marki".*

Jeśli zaś idzie o pozycję 76, dotyczącą punktu serwisowego, to Odwołujący w kolumnie 5. powoływanego Załącznika wpisał wyraz „tak". Z treści przedłożonego wraz z ofertą wzoru gwarancji wynika, że Odwołujący z siedzibą w Warszawie przy ul. Ostrobramskiej 73 będzie udzielał gwarancji (jest gwarantem), a naprawy gwarancyjne mogą być wykonywane wyłącznie przez podmiot posiadający status dealera BMW (pkt 5 wzoru gwarancji). Z dokumentu *Zakres Usług BMW Repair Inclusive* (dołączonego do oferty) wynika, że *„warunkiem uzyskania* świadczeń *w ramach Pakietu Naprawczego BMW jest prawidłowa eksploatacja pojazdu oraz wykonywanie przeglądów, napraw i prac konserwacyjnych w autoryzowanej sieci dealerskiej zgodnie z zaleceniami producenta".* Zaś w dokumencie *Zakres Usług BMW Service Inclusive Plus,* również przedłożonym wraz ofertą, znajduje się następujący zapis: *„Przy zakupie „BMW Service Inclusive Plus (dalej zwanym „pakietem Serwisowym"), klient nabywa powiązane z pojazdem prawo do wykonania prac serwisowych w uzgodnionym okresie ważności, począwszy od daty rejestracji pojazdu lub do czasu osiągnięcia uzgodnionego przebiegu (w zależności co nastąpi pierwsze) u sprzedającego dealera lub dowolnego uczestniczącego w programie autoryzowanego warsztatu BMW".* Wszystkie wyżej wymienione dokumenty były sygnowane przez Odwołującego (pieczęć i podpisy wspólników).

Pismem z dnia 8 marca 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał następującą informację: *„Zamawiający w Załączniku nr 1a do SIWZ (parametry techniczne samochodu osobowego) w poz. 70 wskazał, że wymaga: Sygnały uprzywilejowania w ruchu drogowym:*

1) lampa dachowa typu LED 1 szt. (niebieska) z możliwością wysyłania sygnałów świetlnych *w dwóch wariantach 360 stopni lub 180 stopni (spełniająca wymagania obowiązujące na terenie RP tj. Regulamin 65 EKG/ONZ dla* światła *niebieskiego oraz Regulamin 10 EKG/ONZ lub zamiennie Dyrektywę 95/54 EMC dla wszystkich lamp), umożliwiająca jazdę z prędkością maksymalną,*

2) wzmacniacz sygnałów (posiadający świadectwo *homologacji na zgodność z Regulaminem 10 EKG/ONZ) oferujący komplet funkcji i sterowanie sygnalizacją* świetlną *i dźwiękową oraz umożliwiający podawanie komunikatów słownych na zewnątrz pojazdu poprzez mikrofon zintegrowany z manipulatorem,*

3) głośnik kompaktowy o mocy min. 100W,

4) lampy typu LED (2 szt. niebieskie – spełniające wymagania obowiązujące na terenie RP tj. Regulamin 65 EKG/ONZ dla światła *niebieskiego oraz Regulamin 10 EKG/ONZ) zamontowane w przedniej części pojazdu.*

Miejsca zamontowania poszczególnych elementów zostaną ustalone z wybranym Wykonawcą, przed podpisaniem umowy".

Zamawiający w kolumnie 4 wskazał precyzyjnie Wykonawcy, że *w kolumnie 5 ma opisać oferowane urządzenia – w tym podać producenta oraz typ oferowanych urządzeń. Wykonawca w kolumnie 5 zaoferował urządzenia bez podania producenta, wskazując w odniesieniu do lamy magnetycznej i wzmacniacza systemu dźwiękowego jedynie typ. Lampy kierunkowe wskazał NANOLED. W odniesieniu do głośnika, Wykonawca wskazał tylko jego moc. Zatem zaoferowane urządzenia nie zawierają wszystkich informacji wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ. Brak nazwy producenta oferowanych urządzeń jest niezgodne z wymaganiami zawartymi w SIWZ i uniemożliwia Zamawiającemu ich jednoznaczną identyfikację oraz stwierdzenie, czy spełniają one stawiane przez Zamawiającego wymagania.*

Zamawiający w Załączniku nr 1a do SIWZ (parametry techniczne samochodu osobowego) w poz. 76 wskazał, że *wymaga: Wykonawca wskaże serwis do wykonywania obsług i napraw gwarancyjnych na terenie miasta stołecznego Warszawy. Zamawiający w kolumnie 4 wskazał precyzyjnie Wykonawcy,* że *w kolumnie 5 ma wpisać adres (adresy) punktów serwisowych. Wykonawca w kolumnie 5 wpisał TAK. Słowo TAK nie wskazuje konkretnego punktu serwisowego, którego wymagał Zamawiający. Na podstawie takiego zapisu Zamawiający nie może także dokonać oceny, czy punkt serwisowy jaki ma w domyśle Wykonawca istnieje, czy rzeczywiście zajmuje się wykonywaniem obsług i napraw, jak również, czy spełnia wymagania Zamawiającego i znajduje się na terenie miasta stołecznego Warszawy. Z uwagi na powyższe Wykonawca nie wypełnił skrupulatnie określonego* żądania *Zamawiającego, co powoduje niezgodność oferty z treścią SIWZ.*

Przedstawione braki w poz. 70 i 76 Załącznika nr 1a do SIWZ wykluczają jednocześnie możliwość wystąpienia wykonawcy o złożenie wyjaśnienia dotyczącego treści oferty (z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) i poprawienia omyłek, jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian treści oferty (z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Należy przy tym podkreślić, że *wyjaśnienia nie mogą prowadzić w rzeczywistości do uzupełnienia treści oferty, która nie została w niej zawarta. Wyjaśnienia podające treść, której w ogóle nie ma w ofercie stanowią de faco – jej uzupełnienie. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 14 maja 2014 r. (Sygn. 784/14) (...) Z przepisu z art. 87 ust. 1 p.z.p. wynika,* że *zamawiający może* żądać *od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących treści oferty. Wyjaśnieniu może bowiem*

polegać jedynie treść niejasna, nieczytelna, niewiarygodna czy niemożliwa. Decyzja Zamawiającego ma swoje uzasadnienie w wyroku KIO z dnia 8 września 2010 r. (Sygn. Akt KIO/1861/10), (...) W ocenie Izby, nieobjęcie treścią oferty informacji wymaganych na podstawie konkretnych postanowień SIWZ a dotyczących oferowanego przedmiotu zamówienia powoduje konieczność odrzucenia oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zauważyć bowiem należy, że *ustawodawca dopuszcza jedynie dwie formy ingerencji w treść oferty, powodujące jej zmiany. Po pierwsze, dotyczy to omyłek, które zamawiający zobowiązany jest poprawić (art. 87 ust. 2 ustawy Pzp). Po drugie, istnieje możliwość doprecyzowania treści oferty w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego, z wyłączeniem dokonywania istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w SIWZ (art. 87 ust. 1a ustawy Pzp). Ponadto (...) wyjaśnienia dotyczące treści oferty nie mogą prowadzić do negocjacji w przedmiocie złożonej oferty, ani też do zmian w jej treści, z wyłączeniem tych, dopuszczalnych na podstawie art. 87 ust. 1a i 2 ustawy Pzp. Oznacza to, iż procedurą wyjaśnień mogą być objęte te warunki oferty, które budzą jakieś wątpliwości, nie zostały bowiem w sposób jednoznaczny wyartykułowane. W* żadnym *zaś razie wyjaśnienia nie mogą służyć uzupełnianiu treści oferty.*

Wskazane uzasadnienie w pełni potwierdza decyzję Zamawiającego o odrzuceniu

oferty (z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).”

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów przedłożonych przez Odwołującego z odwołaniem oraz złożonych na rozprawie, o których mowa poniżej.

Odwołujący przedłożył wraz z odwołaniem oświadczenie z dnia 14 marca 2016 r. złożone w imieniu Transmed, z którego wynika, iż Odwołujący w związku z udziałem w przetargu organizowanym przez Biuro Ochrony Rządu na dostawę 20 sztuk samochodów osobowych, zwrócił się do ww. firmy z prośbą *„o przedstawienie oferty na sprzedaż i montaż sygnałów uprzywilejowania w ruchu drogowym oraz na montaż radiotelefonów (szczegółowo określonych w poz. 70 i 71 Parametrów Technicznych Samochodu Osobowego – Załącznik nr 1a do SIWZ w przetargu organizowanym przez Biuro Ochrony Rządu nr 1/2016/ZP (...)). Transmed oświadcza,* że:

1) jest przedstawicielem firmy Federal Signal Vama na terenie Polski w zakresie sygnalizacji uprzywilejowania,

2) nie zajmuje się sprzedażą, dystrybucją sprzętu sygnalizacji uprzywilejowania w ruchu drogowym innych producentów niż należących do grupy Federal Signal”.

Odwołujący przedłożył wraz z odwołaniem również ulotki informacyjne (w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski – przedłożone na rozprawie) dotyczące zarówno nowych sygnalizatorów LED o niskim profilu serii LM400-LP400, jak również nowej serii ultara kompaktowych świateł ostrzegawczych LED - NANOLED, produkowanych przez Federal Signal Vama.

Nadto, Odwołujący przedłożył informacje handlowe dotyczące wzmacniacza sygnałowego AS-320, produkowanego przez Federal Signal Vama oraz instrukcję obsługi i montażu głośnika kompaktowego MS-100 Dynamax produkcji ww. firmy.

Z wydruków przedłożonych przez Odwołującego, a pochodzących ze strony internetowej mieszczącej się pod adresem www.federal.pl wynika, że oferowane są na rynku: lampa model LM400 – magnetyczna, wzmacniacz sygnałowy AS-320 oraz lampy ostrzegawcze serii NANOLED oraz nowy model głośnika ES100C, produkowane przez Federal Signal Vama. Jednocześnie przedmiotowe wydruki potwierdzają, że Transmed jest oficjalnym, autoryzowanym przedstawicielem Federal Signal Vama.

Z oświadczenia złożonego w dniu 15 marca 2016 r. przez BMW Vertriebs GmbH Sp. z o.o. Oddział w Polsce wynika, że w świetle wiążącej Odwołującego umowy dealerskiej z dnia 01.10.2013 r. Odwołujący, jako dealer zobowiązany jest wykonywać czynności z zakresu napraw (w tym napraw gwarancyjnych) oraz obsługi serwisowej w punkcie serwisowym mieszczącym się pod adresem siedziby Dealera. Potwierdzono również, że Odwołujący jest członkiem autoryzowanej sieci dealerskiej marki BMW.

Z wydruku ze strony internetowej mieszczącej się pod adresem bmw.pl wynika, że wśród dealerów marki BMW znajduje się Odwołujący, mający siedzibę w Warszawie i prowadzący pod tym adresem m.in. salon sprzedaży, serwis mechaniczny oraz serwis blacharsko-lakierniczy. Zaś, z wydruku ze strony internetowej Odwołującego (www.bmw-autofus.pl) wynika zakres usług, które wykonuje, w tym m.in. naprawy gwarancyjne i pogwarancyjne, naprawy mechaniczne, elektryczne itp. Odwołujący przedłożył również wynik poszukiwań za pomocą wyszukiwarki google serwisu BMW (wydruk ze strony internetowej), który wskazuje w szczególności na Odwołującego.

Z dokumentu Potwierdzenie zlecenia serwis z dnia 18 lipca 2013 r. wynika, że Zamawiający zlecił Odwołującemu wykonanie naprawy serwisowej samochodu marki BMW.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, nie zaktualizowały się przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego w trybie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W świetle powołanego przepisu **zamawiający** odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty danego wykonawcy jest możliwe po uprzednim ustaleniu, że stwierdzone w przedmiotowej ofercie omyłki nie należą do kategorii określonych w przepisie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. W tym miejscu uzasadnione wydaje się więc dokonanie szczegółowej analizy przedmiotowego przepisu.

Stosownie natomiast do treści art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek: 1) oczywiste omyłki pisarskie; 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Wprowadzenie powołanego przepisu miało na celu umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją, 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 błędy, nieścisłości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty.

Zamiar ten 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. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić,* że *proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami."*

Izba stoi na stanowisku, że w zakresie pojęcia „oczywistych omyłek pisarskich" mieszczą się jedynie tego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiejkolwiek dodatkowej analizy. Co oznacza, że ich poprawienie nie wywołuje zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy (w sensie merytorycznym).

Zaś, w ocenie Izby, o omyłkach rachunkowych nie można mówić, gdy sporny jest zakres świadczenia a nie działania arytmetyczne.

Zaliczenie omyłki do kategorii, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, powoduje powstanie po stronie Zamawiającego obowiązku jej poprawienia. Do rozstrzygnięcia pozostaje zatem kwestia, czy poprawienie wskazanych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Tylko bowiem w sytuacji, gdy poprawienie omyłek nie wywoła skutku w postaci istotnej zmiany w treści oferty, ustawodawca dopuszcza ingerencję w treść oferty, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w celu wyeliminowania niezgodności z SIWZ.

Skoro oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, zawierające propozycję zawarcia umowy, to dopuszczalna jest na gruncie powołanego przepisu, zmiana treści przedmiotowego oświadczenia wykonawcy, a w konsekwencji istotnych postanowień proponowanej umowy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że oferta określa przedmiotowo istotne elementy umowy (essentialia *negotii).*

Ustawodawca dopuszczając jednak możliwość zmian w treści oferty, wywołanych na skutek poprawienia innych omyłek niż pisarskie, czy rachunkowe, zakreślił jednocześnie ich

granicę. Dokonane zabiegi nie mogą bowiem prowadzić do istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja wskazuje, że ustawodawca posługując się pojęciem nieostrym (istotne zmiany) zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, dając wyraz temu, iż ważne są okoliczności sprawy. Tylko bowiem przy ich uwzględnieniu, można ocenić, czy poprawienie omyłki doprowadzi do istotnej zmiany w treści oferty.

Jak już zostało wyżej wskazane, treść oferty obejmuje istotne postanowienia umowy, a więc postanowienia, które odnoszą się m.in. do przedmiotu i ceny. Oznacza to, że za uprawnione należy uznać poprawienie błędów występujących w tym zakresie. Jednocześnie w orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że dokonując oceny istotności zmian w treści oferty należy brać pod uwagę rozmiar tych zmian, mając na uwadze ilość, jakość i wartość przedmiotowych zmian.

Z powyższego wynika, że intencją ustawodawcy było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie, przy czym ustawodawca wprowadził zasadę ostatecznego akceptowania dokonywanych przez zamawiającego poprawek w odniesieniu do tych dokonanych przez siebie zmian, które

dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (art. 89. ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Zamawiający obowiązany jest bowiem niezwłocznie powiadomić wykonawców o dokonanych przez siebie poprawkach na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy Pzp, zaś w przypadku, gdy poprawki te dotyczą niezgodności oferty z SIWZ – uzyskać akceptację wykonawcy na poprawienie omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp).

W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, to jest dotyczących niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty wskazuje się, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Niewątpliwym jest zatem, że w wyniku poprawy tego rodzaju niezgodności, na gruncie tego przepisu, każdorazowo nastąpi zmiana treści oferty. Granicą zmiany dokonanej w następstwie poprawienia niezgodności oferty z SIWZ jest, by taka zmiana nie miała charakteru istotnej. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną, albo zmiana zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie.

Jednocześnie poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści SIWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na postawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw. Podkreśla się również, i Izba podziela ten pogląd, że akceptacja przez wykonawcę postanowień SIWZ nie określa zakresu świadczenia, ten bowiem zostaje określony w ofercie.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że brak wskazania przez Odwołującego w treści Załącznika nr 1a do SIWZ spornych danych w istocie nie stoji na przeszkodzie uznaniu, iż należą one do kategorii omyłek, o których mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W pierwszej kolejności dostrzec należy, że omyłka dotyczy jedynie dwóch parametrów spośród 76, których spełnienie Wykonawca winien zadeklarować w treści przedmiotowego załącznika. Nadto, omyłki dotyczą części świadczenia, która stanowi jedynie niewielki element przedmiotu świadczenia, jeśli idzie o wartość finansową, na co wskazywał Odwołujący, a czemu nie zaprzeczył Zamawiający.

W ocenie Izby, na tle okoliczności niniejszej sprawy poprawienie omyłek w spornych pozycjach nie doprowadziłoby do wytworzenia nowego oświadczenia woli, jeśli chodzi o

oferowany przedmiot zamówienia, a tym samym nie doszłoby do istotnej zmiany treści oferty,

przy zastrzeżeniu, że zostaną potwierdzone przez Odwołującego okoliczności, na które wskazuje treść oferty.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że jeśli chodzi o sygnały uprzywilejowania w ruchu drogowym Zamawiający oczekiwał zaoferowania dwóch rodzajów lamp typu LED, wzmacniacza sygnałów oraz głośnika kompaktowego, spełniających wskazane przez Zamawiającego wymagania. Odwołujący w treści spornego Załącznika podał, że oferuje lampę magnetyczną LM 400, wzmacniacz systemu dźwiękowego AS 320, lampy kierunkowe Nanoled oraz głośnik 100W. Jednocześnie w treści oferty Odwołujący podał, że dostawę i montaż sygnałów uprzywilejowania, wymienionych w pozycji 70 Załącznika nr 1a do SIWZ, wykona firma Transmed. Rzeczone informacje, zdaniem Izby, pozwalają na zidentyfikowanie producenta oferowanych urządzeń. W tym przedmiocie Zamawiający winien tę kwestię wyjaśnić w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazanie przez Odwołującego na rodzaj i typ urządzeń z pewnością nie dawało podstaw do stwierdzenia przez Zamawiającego w sposób niebudzący wątpliwości niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Zamawiający posiadał bowiem informację co do oferowanych urządzeń, które zostały skonkretyzowane przez Odwołującego, a nadto dostawę i montaż tych urządzeń powiązano z firmą Transmed, znaną w tym segmencie rynku, która oferuje urządzenia produkcji Federal Signal Vama. W ocenie Izby, przedmiotowych informacji nie sposób było zignorować, a ustalenie producenta na ich podstawie nie powinno nastręczać trudności. Stąd też, wobec braku podania wprost przez Odwołującego producenta oferowanych urządzeń sygnałów uprzywilejowania, a jednocześnie wobec zawarcia innych danych w treści oferty dotyczących rzeczonych urządzeń, dających podstawy do ustalenia, kto jest producentem spornych urządzeń, nie sposób było poprzestać na stwierdzeniu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Na marginesie dodać należy, że wydaje się, iż Zamawiający jako profesjonalista posiada wiedzę na temat producentów i oferowanych typów/rodzajów urządzeń sygnałów uprzywilejowania, nadto informacje ogólnie dostępne pozwalają na ustalenie, na podstawie danych zawartych w ofercie, producenta spornych urządzeń. W tej sytuacji, przyjęcie stanowiska, iż brak podania producenta urządzeń sygnałów uprzywilejowania uniemożliwia ocenę treści oferty, a tym samym skutkuje jej odrzuceniem jest nie do zaakceptowania. Przeczy to nie tylko *ratio legis,* które legło u podstaw wprowadzenia przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, ale również stanowi naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w świetle którego Zamawiający ma możliwość wyjaśnienia wątpliwości związanych z treścią oferty.

W tym miejscu należy podkreślić, że skorzystanie z procedury wyjaśnień, o której mowa w powołanym przepisie, nie zależy od uznania Zamawiającego. Wskazany przepis nie może być interpretowany w ten sposób, który to pogląd uzyskał aprobatę w orzecznictwie, iż

---

wezwanie wykonawcy do wyjaśnień leży w sferze uprawnień Zamawiającego. Wręcz przeciwnie, jeśli treść oferty nasuwa pewne wątpliwości, jest niejasna, obowiązkiem Zamawiającego jest ich usunięcie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Oczywiście nie można pomijać, że granicę tych wyjaśnień stanowią negocjacje z wykonawcą dotyczące treści oferty.

W okolicznościach niniejszej sprawy wszczęcie procedury z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie doprowadzi do wytworzenia nowej treści oferty w toku negocjacji z Zamawiającym. Nie można bowiem tracić z pola widzenia, że typ urządzeń, za wyjątkiem głośnika, został podany i jak wykazał Odwołujący, urządzenia te produkowane są przez Federal Signal Vama, której przedstawicielem na terenie Polski jest Transmed, zajmujący się dystrybucją sprzętu sygnałów uprzywilejowania w ruchu drogowym wyłącznie producentów należących do grupy Federal Signal. Jeśli idzie o głośnik, to brak podania jego typu, zdaniem Izby, nie stoi na przeszkodzie wyjaśnieniu również i tej kwestii. Treść oferty wskazuje, że wszystkie urządzenia sygnałów uprzywilejowania w ruchu lądowym stanowią pewien zestaw, którego dostawą i montażem zajmie się Transmed, to z kolei pozwala wnioskować, że również i to urządzenie należy do grupy urządzeń produkowanych przez Federal Signal Vama, a skonkretyzowanie jego typu może być objęte treścią wyjaśnień. Odwołujący w tych okolicznościach zobowiązany będzie uściślić informacje na temat oferowanego urządzenia, ale w ramach gamy produktów oferowanych przez Federal Signal Vama. W tym miejscu dodać należy, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego w szczególności zwrócił uwagę, że nie jest w stanie ocenieć czy oferowane urządzenia spełniają jego wymagania, jednakże w odniesieniu do głośnika Odwołujący potwierdził spełnianie wymaganie

Zamawiającego, a mianowicie moc 100W.

Przechodząc do oceny drugiej, spornej kwestii dostrzec należy, że Odwołujący potwierdził, iż oferuje serwis do wykonywania obsług i napraw gwarancyjnych na terenie miasta stołecznego Warszawy, nie inaczej należy bowiem interpretować słowo „tak" w odniesieniu do rzeczonego wymagania Zamawiającego. Jednocześnie na podstawie informacji zawartych w ofercie (wzór gwarancji, zakres usług w ramach Pakietu Serwisowego oraz Pakietu Naprawczego) można domniemywać, iż Odwołujący będzie wykonywał czynności związane z realizacją uprawnień wynikających z gwarancji.

W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości, iż brak wpisania w spornej pozycji 76 Załącznika nr 1a do SIWZ adresu punktu serwisowego mieści się w kategorii omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie ma bowiem wątpliwości, że obsługa serwisowa przez Odwołującego została zadeklarowana, pozostaje jedynie niejasność, czy będzie wykonywana przez Odwołującego w jego siedzibie, ale potwierdzenia powyższego Zamawiający winien poszukiwać na drodze przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a nie dążyć do odrzucenia oferty Odwołującego.

24

Na marginesie dodać należy, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, dyspozycja Zamawiającego co do podania adresu nie powinna budzić wątpliwości, nawet w sytuacji braku zdefiniowania pojęcia „adresu". Przeciętnemu odbiorcy dyspozycji nie powinno bowiem sprawiać problemu zrozumienie tego terminu, zatem o jakichkolwiek niejasnościach w tym przedmiocie nie może być mowy.

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego, zawartych w odpowiedzi na odwołanie, zauważyć należy, iż nie jest kwestionowana staranność Zamawiającego w przygotowaniu SIWZ, nie budzi też wątpliwości, w jaki sposób należało wypełnić Załącznik nr 1a do SIWZ oraz, że Odwołujący nie dostosował się do powyższego. W istocie Odwołujący nieskrupulatnie wypełnił sporny dokument, ale to nie niweczy obowiązku Zamawiającego co do wyjaśnienia spornych kwestii tym bardziej, że poprzez podanie typu urządzeń i wskazanie na podwykonawcę można ustalić producenta oferowanych urządzeń. Nie można również pomijać okoliczności, że treść oferty oraz doświadczenie życiowe wskazuje, że usługi serwisowe są przy tego typu zamówieniach świadczone przez sprzedawcę. Zatem, niezbędne jest wyjaśnienie przedmiotowych wątpliwości.

Rację ma Zamawiający, że co do zasady z omyłką mamy do czynienia, jeśli zamawiający ma możliwość jej samodzielnego poprawienia. Jednakże w orzecznictwie wskazuje się również, że w określonych okolicznościach, skorzystanie z procedury wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przed dokonaniem poprawienia omyłek jest niezbędne i celowe, który to pogląd skład orzekający podziela i stoi na stanowisku, że jest to konieczne w przedmiotowej sprawie.

Oczywiście należy podzielić pogląd Zamawiającego, że obowiązek prowadzenia wyjaśnień nie jest nieograniczony i nie powinien zmierzać do ustalenia czy też skonstruowania nowej treści oferty. Jednakże w niniejszym stanie faktycznym z takim niebezpieczeństwem nie mamy do czynienia, bowiem żądany przedmiot świadczenia został zaoferowany i to w sposób konkretny, jednakże bez podania wszystkich wymaganych informacji, które uzupełnione, zdaniem Izby, nie doprowadzą do istotnej zmiany treści oferty.

Jednocześnie Izba nie podziela poglądu Zamawiającego, że poprawienie omyłki może dotyczyć jedynie treści zawartej w ofercie. W ocenie Izby, takie podejście w sposób nieuprawiony zawęża pojęcie „omyłki", o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Podstawą zaś oceny, czy mamy do czynienia z omyłką będzie ocena zmiany treści oferty w aspekcie jej istotności.

Izba nie podziela również poglądu Zamawiającego, że w przedmiotowym stanie faktycznym przedmiot świadczenia nie został skonkretyzowany, co zostało omówione wyżej. W istocie, gdyby tak było, to należałoby podzielić ocenę prawną zaprezentowaną przez Zamawiającego w oparciu o powoływany wyrok Izby.

25

Reasumując stwierdzić należy, że Odwołujący skonkretyzował przedmiot świadczenia na tyle, że nie jest możliwe odrzucenie jego oferty z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ. Podanie typów urządzeń sygnałów uprzywilejowania oraz podmiotu odpowiedzialnego

za ich dostawę pozwala na ustalenie producenta oferowanych produktów. Jakkolwiek dokonanie przedmiotowych ustaleń jest możliwe w oparciu chociażby o informacje powszechnie dostępne, to celowe i niezbędne, w świetle art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy Pzp, jest pozyskanie przedmiotowych informacji w drodze wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego. W analogiczny sposób należy ustalić dane na temat typu oferowanego głośnika firmy Federal Signal Vama i adresu punktu serwisowego.

Zdaniem Izby, przedmiotowe wyjaśnienia doprowadzą jedynie do uściślenia treści oferty, a nie do wytworzenia nowego oświadczenia woli. Jeśli bowiem Odwołujący potwierdzi, a tok rozprawy wskazuje, że tak właśnie będzie, iż sporne urządzenia sygnałów uprzywilejowania w ruchu drogowym produkowane są przez Federal Signal Vama, na co wskazują informacje zawarte w treści oferty, a przynajmniej mogą stanowić podstawę do potwierdzenia prawdziwości tych wniosków w oparciu o wyjaśnienia Odwołującego, to oświadczenie Odwołującego co do przedmiotu świadczenia w istocie pozostanie niezmienione, z zastrzeżeniem głośnika, a uzupełnione zostaną informacje z zakresu producenta zaoferowanych urządzeń. Złożenie wyjaśnień dotyczących adresu punktu serwisowego istotnie nie wpłynie na zakres oferowanego świadczenia co do obsługi serwisowej, jeśli Odwołujący potwierdzi, na co wskazuje treść oferty, że przedmiotową usługę będzie świadczył samodzielnie w swojej siedzibie.

Tym samy konieczne jest przez Zamawiającego wyjaśnienie przedmiotowych kwestii, a potwierdzenie informacji przez Odwołującego, na które wskazuje treść oferty i wykazanych przez Odwołującego w toku rozprawy winno być podstawą do dokonania w spornych aspektach poprawek w Załączniku nr 1a, w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jednocześnie wyjaśnić należy, że Izba nie mogła nakazać poprawienia omyłek, o których była mowa wyżej w sytuacji, w której podstawą do ich dokonania winny być wyjaśnienia złożone przez Odwołującego, do złożenia których zostanie dopiero wezwany. Złożenie wyjaśnień w terminie zakreślonym przez Zamawiającego, o treści pozostającej w korelacji z treścią złożonej oferty, o czym była mowa wyżej, winno skutkować podjęciem przez Zamawiającego czynności w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Z tych przyczyn należało uznać, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego nie znajdowała podstaw, co doprowadziło do naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 3 lit. b w zw. z § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: ……