

Wyrok
z dnia 30 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron dnia 30 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2016 r. przez wykonawcę **Z.P.U.P. Energozam sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie** przy udziale wykonawcy **Auto Centrum Gliwice – Lellek Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Gliwicach** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Z.P.U.P. Energozam sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Z.P.U.P. Energozam sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. Zasądza od wykonawcy **Z.P.U.P. Energozam sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu** na rzecz **Komendy Głównej Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych)

1

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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

2

Uzasadnienie

Zamawiający: Komenda Główna Straży Granicznej w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Dostawa 10 sztuk pojazdów typu mikrobus” Postępowanie jest prowadzone w progu wartości szacunkowej powyżej wartości wynikającej z art. 11 ust. 8 ustawy.

Odwołujący: Z.P.U.P. Energozam Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu wniósł odwołanie od czynności odrzucenia jego oferty i wskazania wadliwego wyniku postępowania, Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 89 ust. 1 pkt. 2), art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt. 1, art. 87 ust. 2 pkt. 3, art. 91-92 przepisów ustawy pzp.

Zarzuty wnoszącego odwołanie dotyczą następujących czynności Zamawiającego:

1. badania ofert - poprzez przyjęcie, że jego Oferta podlega odrzuceniu.

Wynikiem postępowania Zamawiający odrzucił ofertę z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, argumentując, że nie wskazano w ofercie minimalnego wymaganego okresu gwarancji na zaoferowane pojazdy.

Odwołująca nie zgadza się z tym stanowiskiem.

Zgodnie z zapisami siwz pkt. IV ppkt. 3 siwz na który powołuje się Zamawiający stanowi, że

wykonawca udzieli gwarancji na dostarczone pojazdy po spisaniu protokołów odbioru i wystawieniu faktury na pojazdy - czyli po wykonaniu dostawy, a nie na dzień złożenia oferty. Zamawiający nie żądał dołączenia do oferty książek gwarancyjnych. Istotnie w załączniku nr 2 w pozycji 5 Odwołujący skutkiem nieuwagi pominął 3 kropki formularza i nie wpisał tam cyfry 2 - co nie oznacza że wymagany okres gwarancji nie został zaoferowany. W załączniku nr 1 OPZ Warunki Ogólne pkt. 5 był ustanowiony min. okres gwarancji na 2 lata bez limitu km, który potwierdzono w pkt. 1 formularza ofertowego - w załączniku Nr 2.

3

Tym samym twierdzenie, że nie złożono oświadczenia woli w zakresie gwarancji jest wadliwe.

Oświadczenie woli poprzez złożenie oferty, zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, należy traktować kompleksowo poprzez całą ofertę a nie wybiórczo. Nie bez znaczenia ma fakt, że gwarancja nie była kryterium oceny ofert- czyli punktowana- co nie blokowało Zamawiającemu dokonania porównania złożonych ofert. Również faktem jest, że wymaganymi warunkami gwarancji objęte są wszystkie pojazdy producenta OPEL - oficjalne dane producenta na stronie [http://www. Opel.pl/twoj-opel / gwarancja/ gwarancja-najczestsze-pytania.html](http://www.Opel.pl/twoj-opel/gwarancja/gwarancja-najczestsze-pytania.html) - dowód-zrzut ze strony Opel.pl, gdzie podane są warunki gwarancji dla samochodów marki OPEL.

Czyli Zamawiający bez udziału wykonawcy dokładnie znał warunki gwarancji zaoferowanych pojazdów.

Jako drugi dowód przedstawiono skan strony 1 i strony 25 warunków gwarancji z Książki gwarancyjnej samochodów OPEL - do pozyskania ze strony internetowej.

Zamawiający również dobrze wie, że Odwołująca jako sprzedawca/pośrednik zaoferowanych pojazdów nie ma prawa zmieniać tych warunków gwarancyjnych producenta - czyli Odwołujący nie mógł zaoferować innej gwarancji.

Jeżeli Zamawiający nie zajął na stronę internetową producenta OPEL, to mógł skorzystać z art. 87 ust. 1 ustawy i wszystko by wyjaśnił - zaniechał tego.

Reasumując, odrzucenie oferty nastąpiło bez wykonania przez Zamawiającego obowiązkowej instytucji poprawienia wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt. 1) lub pkt. 3) ustawy.

O tym stanowi szerokie orzecznictwo Izby:

KIO 502/11 W konsekwencji popełniona omyłka podlega obligatoryjnemu poprawieniu przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy poprzez wpisanie wymaganej wielkości w wysokości 40 zł netto nakazując dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, po uprzednim poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej Izba stwierdza, że w rozpoznawanej sprawie nie było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy. Wskazana czynność nie narusza również przepisu art. 87 ust. 1 ustawy, bowiem nakaz dotyczy zmiany treści oferty w

4

granicach przewidzianych w tym przepisie wynikających z zastrzeżenia zastosowania art. 87 ust. 2 w sposób określony w niniejszym rozstrzygnięciu.

KIO 2555/11 Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp., poprzez przyjęcie, że niezgodność treści oferty złożonej przez wykonawcę ALCHEMIA S.A. z przedmiotem zamówienia określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia mogła być poprawiona w ofercie jako oczywista omyłka pisarska lub rachunkowa, Izba uznała za zasadny.

Zgodnie z treścią siwz, z uwzględnieniem zmiany dokonanej przez zamawiającego w dniu 16 września 2011 r., w wyniku której zamawiający w części 5 zamówienia zwiększył zakres przedmiotowy zamówienia w pozycji nr 8 i 9, zamawiający wymagał dostarczenia m.in. rur okładzinowych 5' x 6,43J55 BTC w ilości 3400 m oraz łącznika cz x cz 5" x 6,43 J55 BTC w ilości 5 sztuk. Publikacja zmiany nastąpiła w dniu 16 września 2011 r. Zamawiający dokonał stosownej modyfikacji treści specyfikacji, w tym załącznika nr 2 do siwz - formularza oferty. Pierwotnie w pozycji nr 8 wymagano dostawy 400 m rur, natomiast w pozycji nr 9 - 2 szt. łącznika.

Zamawiający wymagał podania w formularzu ofertowym ceny za cały przedmiot zamówienia dla danej części oraz podania cen jednostkowych.

KIO 42/12: 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. Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było 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

5

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.”

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

6

W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, to jest dotyczących niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, 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 ze

specyfikacją istotnych warunków zamówienia zmiany 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, KIO 77/12 W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez jego niezastosowanie przez zamawiającego w odniesieniu do pozycji 80 kosztorysu ofertowego na zadanie 5.6.d. W ocenie Izby zamawiający błędnie przyjął, że nie jest możliwe dokonanie poprawienia oferty odwołującego, z uwagi na to, że nie ma możliwości ustalenia ceny jednostkowej dla prawidłowo opisanej pozycji nr 80 tj. odpowiedź zamawiającego na pytanie 87 z dnia 18 października 2011 r. i średnicy nominalnej rury 315x18,7 w miejsce średnicy 508x 11. W ocenie Izby możliwe jest dokonanie jedynie poprawienia omyłki w treści nazwy i opisu pozycji przedmiaru poprzez zastąpienie średnicy nominalnej rury 508x11, średnicą 315x18,7. W ocenie Izby dla usunięcia niezgodności nie jest konieczna zmiana czy ustalenie ceny jednostkowej, gdyż cenę tę jak i ilość odwołujący podał, odwołujący podał także wartość tej pozycji. Przy dokonaniu zmiany opisu pozycji nr 80 w taki sposób nie ulegnie zmianie ani wartość oferty, ani też ani zamawiający, ani przystępujący nie wykazali, że zmiana pozycji poprzez zmianę średnicy nominalnej rury spowoduje istotną zmianę oferty.

W ocenie Izby zmiana ta nie wywołuje istotnych zmian w treści oferty jest to jedyna pozycja z niepoprawnie określoną średnicą rury. Odwołujący jest przygotowany do wykonywania odwiertów średnicą wymaganą przez zamawiającego, co wynika z pozycji przedmiarowych wskazywanych przez odwołującego i przystępującego na rozprawie, tym samym zakres jego zobowiązania nie ulegnie znaczącej zmianie, a wobec obligatoryjnej procedury uzyskania zgody na poprawienie takiej omyłki odwołujący może nie zgodzić się na jej poprawienie uznając, że nie taka była jego wola. Tę możliwość daje art. 89 ust. 1 pkt 7 w związku z art.

7

87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Izba uznała, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie jego zastosowania i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez jego zastosowanie w odniesieniu do oferty odwołującego.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w tej części, w której zamawiający zastosował przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w celu odrzucenia oferty odwołującego z powodu nie zastąpienia na stronie 7 oferty w załączniku nr 2 do oferty sformułowania „za każdy dzień opóźnienia” sformułowaniem „za każdy dzień zwłoki”, pomijając to, iż do zastosowania tego przepisu zamawiający jest uprawniony jedynie w sytuacji, gdy nie zająd okoliczności określone w art. 87 ust. 2 ustawy. Zamawiający, w myśl art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, jest obowiązany poprawić inne omyłki polegające na niezgodności treści oferty z treścią siwz, o ile nie powodują one istotnych zmian w treści oferty. Bezsporne jest, że załącznik do oferty w pierwotnym brzmieniu siwz był opracowany przez zamawiającego i jego treść była zgodna z treścią załącznika załączonego przez odwołującego do oferty. Bezsporne jest także iż w dniu 18 października 2011 r. zamawiający dokonał modyfikacji siwz, w tym również zmiany załącznika do oferty poprzez zastąpienie sformułowania „za każdy dzień opóźnienia” sformulowaniem „za każdy dzień zwłoki”. Niewątpliwie zatem posłużenie się załącznikiem do oferty w pierwotnym brzmieniu powodowało nie zastosowanie się wykonawcy — odwołującego do treści zmodyfikowanej siwz i rodziło niezgodność oferty z treścią obowiązującej na dzień składania oferty siwz. Jednakże nie każda niezgodność treści oferty z treścią siwz skutkuje odrzuceniem oferty

KIO 127/12 Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp nakazuje odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. oferta nie będzie podlegała odrzuceniu, jeżeli w jej treści wystąpią, inne niż oczywiste omyłki pisarskie lub rachunkowe, omyłki polegające na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, których poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że, skoro zgodnie z definicją zawartą w art. 66 § 1 kodeksu cywilnego, oferta to oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy określające

istotne postanowienia tej umowy, treścią oferty będzie treść owego oświadczenia. Przy czym treść ta może być rozumiana dwojako - jako przedmiot i sposób wykonania umowy oraz jako to, co znajduje się w oświadczeniu („co napisano”). Problem w praktycznym stosowaniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych następuje w przypadku, gdy strony oraz inne podmioty zapoznające się z ofertą (oświadczeniem) mają przekonanie,

8

że oferent zaoferował pełne wykonanie przedmiotu zamówienia, w sposób wymagany przez zamawiającego, natomiast nie znajduje to odzwierciedlenia *expressis verbis* w „zapisanej” treści oferty, jak to ma miejsce w niniejszej sytuacji. W takim przypadku odrzucenie oferty, w której zaoferowano pełne i prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia wydaje się zbytecznym i niepotrzebnym formalizmem w stosunku do znaczenia tego przepisu, zwłaszcza w sytuacji, gdy zaistniał brak z łatwością można usunąć.

Z wyjaśnień Odwołującego wynika, że ujął on w kosztorysie pełen zakres i koszt wykonania przedmiotu zamówienia (czego Zamawiający nie kwestionuje), z tym, że „koszt zakupu” w ogóle nie był osobno liczoną elementem kalkulacyjnym, tym samym nie stanowił w jego kosztorysie składnika cenotwórczego - zatem nie został podany. Tym samym można stwierdzić, że skoro Zamawiający wymagał wyliczenia składników cenotwórczych, składników nie-cenotwórczych, nie trzeba wyliczać.

Przy tym należy zauważyć, że w odróżnieniu od innych wymienionych przez Zamawiającego elementów, jak w szczególności ceny jednostkowe materiałów i robocizna, bez których nie da się wykonać robót, a więc i skalkulować ceny oferty na te roboty (co jest istotną luką w przypadku przewidzianej w punkcie 16. specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwości przekalkulowania wynagrodzenia wykonawcy), „koszt zakupu” jest kosztem pośrednim, bez którego osobnego ujęcia można skonstruować prawidłowy kosztorys i dokonać korekty obliczeń przy zmianach.

Oczywiście, jeśli Odwołujący chciałby sporządzić kosztorys w sposób idealny w odniesieniu do wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, powinien wskazać w tym miejscu w kosztorysie wartość „0 zł”, ale również ten brak nie dyskredytuje sporządzonego kosztorysu, a jeśli Zamawiający stwierdzi, że ta informacja jest mu w kosztorysie niezbędna, może dokonać jego korekty poprzez wpisanie pozycji „koszt zakupu - 0 zł”, co nie zmieni treści oferty, a więc jest dopuszczalne

KIO 330/11 Zamawiający winien w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, poprawić w ofercie Odwołującego błędnie podany numer KNR 4-03 1205-03 na prawidłowy numer KNR 4-03 1205-02. W ocenie Izby, omyłka poczyniona przez Odwołującego w ofercie, polega na niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia jednakże jej poprawa nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

KIO 985/11 Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i art. 91 ust. 1 ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego mimo tego, że nie jest ona

9

sprzeczna z treścią siwz i niezgodność dotycząca krotności mogła być wyjaśniona w trybie art. 87 ust. 1 ustawy lub usunięta w drodze poprawienia jej w trybie art. 87 ust. 2 ustawy. Zarzut zasługuje na uwzględnienie w części, w jakiej dotyczy zaniechania zamawiającego poprawienia innej niezgodności treści oferty z treścią siwz w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Izba uważa, że zamawiający uznając, że odwołujący popełnił błąd, a nie omyłkę oraz uznając, że niezgodność oferty nie daje się poprawić, bo wpływa na cenę oferty, wadliwie wyłożył i bezpodstawnie zaniechał zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Izba zauważa, że w przedmiotowej sprawie podanie krotności 1 dla pozycji 1.23 było omyłką.

Sygn. akt: KIO 431/14, Wyrok KIO z dnia 21 marca 2014 r. Stosownie natomiast do treści art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych 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.

Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było 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 [(Dz. U. Nr 171, poz. 1058) -przyp. red.], którą wprowadzono zmiany do ustawy 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,

10

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.” 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

11

zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował 92 Zamówienia publiczne w orzecznictwie całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie. (...)

Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, iż nie można tracić z pola widzenia, że intencją wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty niewadliwej, która podlega ocenie i może być wybrana jako najkorzystniejsza. Nie sposób więc czynić założenia, że wykonawca w sposób celowy pomija pewien zakres świadczenia, nie obejmując go treścią oferty. Najczęściej jest to wynik niezamierzonego pominięcia, mieszczącego się w kategorii omyłki, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Sygn. akt: KIO 460/14, KIO 463/14, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2014 r.

(...) Zamawiający miał prawo przypuszczać, że Konsorcjum (...) zaoferowało dławik zgodny z jego wymaganiami i dokonać poprawy omyłek w tym zakresie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Było to w ocenie Izby możliwe pod względem prawnym. Izba wskazując na możliwość dokonania takich zmian w treści oferty zwraca uwagę przede wszystkim na fakt, że poprawienie omyłek nie wpłynęłoby na zakres świadczenia zaoferowanego przez Konsorcjum (...).

Należy podkreślić, że ustawodawca wprowadzając zmiany w treści przepisu art. 87 ust. 2 Pzp i dopuszczając możliwość poprawiania omyłek w treści ofert, polegających na ich niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w taki sposób, by jednocześnie nie prowadziło to do istotnych zmian w treści oferty, miał na celu ograniczenie sytuacji, w których oferty były odrzucane tylko z powodu zaistnienia nieistotnych omyłek, które w żaden sposób nie wpływały na zakres i przedmiot zamówienia oraz na oświadczenie woli wykonawcy w tym zakresie. Niemniej jednak Zamawiający nie powinien dokonywać tych poprawek automatycznie, nawet za zgodą Wykonawcy

Sygn. akt: KIO 2203/13, KIO 2206/13, Wyrok KIO z dnia 2 października 2013 r. Zgodnie bowiem z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, do którego odsyła art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty. Izba podziela stanowisko odwołującego, że zaistniała niezgodność jest nieistotna zarówno pod względem przedmiotowym jak i finansowym. Jak obliczył zamawiający, czego odwołujący nie kwestionował, dla zapewnienia codziennej kontroli, w ofercie odwołującego (...) brakuje 8 zestawów. Zatem zamiast 216 zestawów należało zaoferować 224, co należy uznać za zmianę nieistotną przedmiotowo nawet w stosunku do tej pojedynczej pozycji

12

asortymentowej. W ocenie Izby niedobór jest drobny również w aspekcie finansowym. Brakujące 8 opakowań o wartości 583,20 zł dają bowiem różnicę w cenie ofertowej na poziomie 4 665,60 zł. Wobec powyższego, nakazano zamawiającemu dokonanie zaniechanej czynności poprawy omyłki

Sygn. akt: KIO 2366/13, KIO 2370/13, Wyrok KIO z dnia 21 października 2013 r. Zdaniem Izby w rozpatrywanym stanie faktycznym zaistniały obie przesłanki uprawniające do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Po pierwsze: okoliczności sprawy wskazują, że niewątpliwie mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ, która ma charakter niezamierzonego działania wykonawcy.

Sygn. akt: KIO 2907/13, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2014 r. Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego omyłką, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, może być wynikiem zarówno nieprawidłowej identyfikacji samego zakresu zamówienia, jak również interpretacji wyjaśnień dokonanych przez podmiot zamawiający - wystarczy zatem, że nie będzie to celowe działanie wykonawcy, lecz będzie to czynność niezamierzona. Nie sposób zatem uznać, jak twierdzi Zamawiający, iż wprowadzenie przez tego ostatniego wykonawców w błąd powoduje, że niezgodności te tracą przymiot omyłek na skutek „świadomego działania wykonawców pod wpływem błędu wywołanego niepoprawnymi wyjaśnieniami”. Tego rodzaju argumentacja powodowałaby, iż mielibyśmy do czynienia z zupełnie nowym pojęciem „świadomego działania pod wpływem błędu” - co trudno sobie wyobrazić odnosząc tego rodzaju konstrukcję semantyczną do Działu IV ustawy Kodeks cywilny zatytułowanego „Wady oświadczenia woli” i wypracowanego w odniesieniu do zawartych tam przepisów stanowiska orzecznictwa i doktryny.

Sygn. akt: KIO 2976/13, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2014 r. Izba wskazuje, że celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest eliminowanie sytuacji, w których z powodu nieistotnych omyłek w treści oferty, odrzuceniu podlegałaby oferta gwarantująca realizację zamówienia zgodnie z SIWZ i wymaganiami zamawiającego (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 r. Sygn. akt XII Ga 429/09). Przepis ten ma umożliwić

udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom, którzy złożyli oferty zawierające omyłki, których poprawa nie wpływa w istotny sposób na zmianę treści oferty, a jego zastosowanie jest niezależne od charakteru wynagrodzenia, przewidzianego w danym postępowaniu o zamówienie publiczne. Przepis ten obowiązuje zamawiającego do poprawienia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, jeśli zachodzą łącznie dwie okoliczności: 1) niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter omyłki i 2) poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Ocenę czy owe przesłanki zaistniały w danym stanie faktycznym należy

13

dokonywać mając na uwadze konkretne okoliczności sprawy (ad casum). Uwzględniając powyższe, Izba doszła do przekonania, iż w rozpatrywanym stanie faktycznym ziszczyły się obie przesłanki uprawniające zamawiającego do zastosowania dyspozycji art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Sygn. akt: KIO 64/14, Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2014 r. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi natomiast, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Aby dana niezgodność mogła być zakwalifikowana jako omyłka, możliwa do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3, wystąpienie tej omyłki powinno być spowodowane niezamierzonym działaniem wykonawcy, wynikającym np. z przeoczenia, niedopatrzeń itp. Ponadto charakter omyłki nie może być istotny, a jej poprawienie musi być możliwe poprzez samodzielną czynność zamawiającego. Wprowadzone poprawki muszą stanowić odzwierciedlenie złożonego w ofercie oświadczenia woli wykonawcy, a działania zamawiającego w tym zakresie nie mogą prowadzić do negocjacji między stronami ani modyfikacji istotnych zapisów oferty.

Sygn. akt: KIO 825/13, Wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2013 r. (...) stwierdzić należy, że obowiązek odrzucenia oferty, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp aktualizuje się w sytuacji, w której treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a jednocześnie brak podstaw do poprawienia oferty w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Należy pamiętać, że brak możliwości poprawienia oferty musi wynikać z przyczyn obiektywnych i uniemożliwiać Zamawiającemu samodzielne podjęcie działań.

Sygn. akt: KIO 1001/13, Wyrok KIO z dnia 15 maja 2013 r. Co do zasady zaofiarowanie towaru nieistniejącego, nie posiadającego swego desygnatu należy uznać za omyłkę. Izba uznała, że wskazanie opakowań o liczbie i objętości fiolek, które nie znajdują się w obrocie (produktu nieistniejącego), w sytuacji, gdy podane numery katalogowe opisują istniejące produkty, stanowi omyłkę.

Omyłka popełniona przez przystępującego nie ma cech oczywistej omyłki pisarskiej, ta bowiem winna być łatwa dla stwierdzenia dla każdego i rzucająca się w oczy. Stanowi natomiast omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

14

143. Sygn. akt: KIO 1043/13, 1049/13, Wyrok KIO z dnia 17 maja 2013 r. W ocenie Izby nieuwzględnienie przez Odwołującego zmiany formularza cenowego dokonanej przez Zamawiającego stanowi wręcz klasyczny przypadek omyłki, która może podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. /.../.

Sygn. akt: KIO 2791/12, Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2013 r. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi natomiast, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Poprawianie omyłek na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dotyczy omyłek nie mających charakteru oczywistego i może dotyczyć różnych elementów złożonej oferty. Na podstawie ww. przepisu można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w

treści oferty. Dopuszczalne jest dokonanie takich zmian w treści oferty w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego w treść oferty lub nie dotyczy istotnych postanowień oferty. W orzecznictwie KIO za utrwalony uznaje się pogląd, że omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy zamawiający mógł dokonać samodzielnie, bez udziału wykonawcy Sygn. akt: KIO 27/13, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.

Charakter tych omyłek, niezależnie od ich skomplikowania, powinien pozwalać na dokonanie przez Zamawiającego samodzielnej poprawy, w którą to czynność poprawy nie będzie ingerował wykonawca. Na uwagę zasługuje fakt, iż uwzględniając, że oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, które zawiera propozycję zawarcia umowy, to na podstawie przywołanego powyżej przepisu możliwa jest ingerencja w oświadczenie wykonawcy. Nieistotność lub istotność zmiany treści oferty w wyniku dokonania poprawy oceniana powinna być każdorazowo w zakresie danego postępowania i danej oferty, bowiem sam ustawodawca posługując się nieostrym określeniem owych omyłek wskazał na konieczność odniesienia owej czynności do konkretnego stanu faktycznego (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 roku sygn. akt XII Ga 102/09).

Sygn. akt KIO 385/11, KIO 386/11, KIO 393/11, KIO 406/11 Podobnie w wyroku z dnia 11 marca 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zamawiający słusznie dokonał poprawy

15

treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Skład orzekający nie podzielił zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na nieuwzględnienie przez zamawiającego, że w ofercie Konsorcjum X wskazano „okres zgłaszania wad” - 1 rok, gdy wymagania siwz przewidywały 3-letni okres zgłaszania wad, co stanowi oczywistą sprzeczność treści oferty Konsorcjum X z treścią siwz.

Poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek:

- po pierwsze zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści; jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie: „artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp.

Wyrok Sąd Okręgowy w Krakowie, sygn. akt: XII GA 429/09

- po drugie poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (*essentialia negotii*) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. 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

2. oceny ofert - poprzez przyjęcie, że Nasza oferta nie podlega punktacji (ocenie) ofert.

16

Tym samym, zgodnie z powyższym stanem faktycznym oferta jest ważna i podlega punktacji / ocenie ofert /- co spowoduje inny wynik postępowania - wskazanie oferty najkorzystniejszej na Naszą ofertę.

Wskazane wyżej czynności Zamawiającego naruszyły interes Odwołującego - Zamawiający w toku postępowania tego zamówienia publicznego zaniechaniem i swoimi wadliwymi czynnościami, naruszył artykuły ustawy co narusza zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania stron postępowania. Powyższe narusza dobre imię Odwołującego i naraża Go na utratę sporych korzyści. To Nasza oferta jest ważna i najkorzystniejsza w tym postępowaniu.

Zamawiający otrzyma pojazdy z wymaganą gwarancją i niepotrzebnie próbuje przepłacić dane zamówienie o ponad 200.000,00 zł.

Zamawiający naruszył również zasadę równego traktowania stron postępowania wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy, mogących zrealizować dane zamówienie publiczne zgodnie z prawnymi wymogami Zamawiającego.

Z tych też względów Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności:

1. badania ofert - 2. oceny (punktacji ofert) - tj. przeprowadzenie tej czynności w równe traktowanie wszystkich wykonawców odniesieniu do jego ważnej oferty, 3. ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji, 4. wskazanie wyniku postępowania na jego ofertę.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako ofertę, której treść nie odpowiada treści siwz. Uzasadniając decyzję wskazał, że określił wymagania dotyczące zasad świadczenia serwisu gwarancyjnego dla oferowanych pojazdów, w tym wymagania dotyczące minimalnego okresu gwarancji, jakim winien być objęty oferowany pojazd.

Zgodnie z treścią w rozdziale IV pkt 3 (str. 3/15) siwz oraz waz łączniku nr 1 do siwz w cz. I, w pkt 5 – Gwarancja, zamawiający wymagał zadeklarowania przez wykonawców gwarancji w wymiarze wynoszącym nie mniej niż 2 lata na cały pojazd bez limitu przejechanych kilometrów.

17

Ponadto wykonawcy byli zobowiązani do złożenia oferty zgodnie z wzorem określonym w załączniku nr 2 do siwz. Zgodnie z pkt 6 ww załącznika należało złożyć oświadczenie o deklarowanym okresie gwarancji na oferowany pojazd, o treści:

„6. Udzielamy pisemnej gwarancji oraz zapewniamy Zamawiającemu serwis gwarancyjny dla każdego dostarczonego pojazdu na okres lat na cały pojazd bez limitu przejechanych kilometrów, przy czym gwarancja i serwis będą świadczone przez nas zgodnie z zasadami określonymi w siwz. Gwarancja rozpoczyna swój bieg od daty wystawienia faktury (po podpisaniu protokołu odbioru pojazdu)”.

Również § 5 projektu umowy określa zobowiązania wykonawcy dotyczące zasad świadczenia serwisu gwarancyjnego dla oferowanych pojazdów, przy czym miejsce przeznaczone do wpisania liczby lat udzielonej gwarancji pozostaje puste w celu późniejszego wypełnienia go zgodnie z treścią oferty wybranej w postępowaniu.

Z powyższego wynika, iż każdy wykonawca decydujący się na złożenie oferty zobowiązany był do precyzyjnego określenia okresu udzielonej gwarancji (poprzez wpisanie do oferty konkretnej liczby lat gwarancji).

Zamawiający podkreślił, że długość okresu obowiązywania udzielonej gwarancji stanowi istotny element przyszłej umowy, ponieważ wpływa on bezpośrednio na możliwość skutecznej eksploatacji zakupionych pojazdów bez konieczności ponoszenia przez zamawiającego dodatkowych kosztów. Brak w ofercie deklaracji wykonawcy o długości okresu zaoferowanej gwarancji powoduje, że zamawiający nie wie, jaki okres został uwzględniony w cenie oferty.

W ofercie odwołującego w pkt 6 formularza wykonawca nie określił liczby lat udzielonej gwarancji (pole, w którym należało wpisać liczbę lat udzielonej gwarancji wykonawca pozostawił puste.). Również analiza pozostałej treści oferty nie pozwoliła stwierdzić, jaką liczbę lat gwarancji przewiduje udzielić wykonawca w ramach umowy, którą zamierza zawrzeć z zamawiającym.

Z powyższego wynika, że wykonawca nie określił okresu udzielonej gwarancji, stanowiącego istotny element oferty wymagany treścią siwz, a zatem należy uznać, że treść oferty nie odpowiada treści siwz.

Zamawiający uznał za błąd niezłożenie oświadczenia w wymaganym zakresie; jest to błąd

którego nie można naprawić w oparciu o obowiązujące przepisy ustawy pzp. Zamawiający nie znalazł podstaw do zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy pzp, bowiem brak żądanych

18

informacji odnoszących się bezpośrednio do przedmiotu zamówienia nie może zostać uzupełniony w wyniku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Uzupełnienie przedmiotowo istotnych elementów oferty w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy, gdyż oznaczałoby dokonanie niezgodnej z przepisami zmiany treści oferty w wyniku przeprowadzenia niedozwolonych prawem negocjacji z wykonawcą.

Wobec dokonanych ustaleń zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania.

W trakcie rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Odwołujący złożył do akt oświadczenie producenta, iż wszystkie samochody marki Opel oferowane na polskim rynku objęte są 2 letnią gwarancją sprzedawcy bez limitu kilometrów. Złożył także egzemplarz książeczki serwisowej i gwarancyjnej z treścią o udzieleniu 24 miesięcznej gwarancji bez ograniczenia przebiegu (str. 25). Przypomniał, że okres gwarancji nie był oceniany i nie stanowił kryterium oceny ofert. Wskazał także na różnicę cen oferowanych pojazdów w porównaniu do cen konkurenta. Przypomniał, że sprzedawca (dealer) pojazdów nie ma prawa zmienić, a w szczególności ograniczyć warunków gwarancji ustalonych przez producenta. Stwierdził, że podobnie jak przystępujący nie miał interesu w udzielaniu gwarancji na okres dłuższy niż wymagany. Podkreślił, że wiedzą ogólną objęty jest fakt, że na pojazdy Opel udzielana jest 2 letnia gwarancja i stwierdził, że ewentualnie dłuższy okres gwarancji jest możliwy ale z jednoczesnym ograniczeniem limitu kilometrów. Przypomniał, że w pkt 4 formularza zadeklarował spełnienie wszystkich wymagań, a jednocześnie zachodzą przesłanki do poprawienia popełnionej omyłki.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że brak w ofercie odwołującego wskazania okresu gwarancji nie może być traktowany jako omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 Pzp. Oświadczenie o okresie gwarancji jest elementem oświadczenia woli w ofercie i jest to brak istotny, a zatem nie może podlegać poprawieniu na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający nie miał podstaw domyślać się, jaki okres gwarancji miałby zadeklarować odwołujący, a tym samym jaką wartość miałby wpisać w miejsce niewypełnione. Zauważył,

19

że odwołujący w swoim stanowisku i przedstawionych dokumentach wykazuje, iż miał by to być okres 2 letni, który jest jednocześnie minimalną wielkością wymaganą w SIWZ. Stwierdził, że przytoczone w odwołaniu orzecznictwo nie jest porównywalne z obecnym stanem faktycznym, gdyż w tamtych postępowaniach zamawiający mógł na podstawie treści zawartych w ofercie dokonać poprawienia stwierdzonych omyłek, natomiast w ofercie odwołującego w żadnym miejscu nie można było uzyskać informacji dających podstawę do uzupełnienia spornego braku w formularzu ofertowym. Stwierdził, iż jak wynika z jego doświadczenia, w konkretnych umowach są stosowane różne warunki gwarancji w tym i okresy, co może wynikać np. z wielkości dostawy. Wskazał także, iż na podanej w odwołaniu stronie internetowej producenta Opel zawarto informacje o możliwości uzyskania dłuższego niż 2 letni okres gwarancji. Zauważył także, iż sama deklaracja w ofercie o spełnieniu wszystkich warunków SIWZ jest niewystarczająca w razie stwierdzenia istotnego braku w treści oferty.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. kwestionuje walor dowodowy pisma złożonego przez odwołującego z uwagi na brak uprawnień do reprezentowania spółki GM Poland przez osobę, która pismo podpisała. Stwierdził, że oczekiwał jednoznacznego oświadczenia wykonawcy, na jaki okres udziela on gwarancji. Złożył do akt pisemne stanowisko w sprawie. W szczególności podkreślił, że okresu serwisu gwarancyjnego długość deklarowanego przez wykonawcę stanowi element przedmiotowo istotny przyszłej umowy, a odwołujący w ofercie, w tym w formularzu ofertowym nie określił, na jaki okres udziela gwarancji. Nie uczynił tego również w zaparafowanym wzorze umowy. Stwierdził, że nie

można pod pozorem rzekomego poprawiania pomyłki modyfikować treści oferty, która nie wskazywała oferowanego przez odwołującego okresu gwarancji. Zauważył, iż omyłki, by je poprawić winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie bez udziału wykonawcy w tej czynności. Stwierdził także, że odwołujący błędnie utożsamia okres gwarancji producenta z okresem gwarancji, jaki miał w ofercie udzielić zamawiającemu. Uzupełnienie pkt 6 oferty odwołującego prowadziłoby do wykreowania w imieniu wykonawcy nowego oświadczenia woli, które zmieniałoby treść oferty, wobec czego niezasadne byłoby wyjaśnianie treści złożonej oferty. Art. 87 ust. 2 nie pozwala na dostosowywanie treści oferty do wymagań wyartykułowanych w treści siwz.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięciu pod uwagę stanowisk stron i uczestnika przedstawionych na piśmie i do protokołu wraz z przedstawionymi dowodami, uwzględniając także dokumentację postępowania o udzielenie

20

zamówienia publicznego, w szczególności treść oferty odwołującego oraz postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie objętym zarzutami odwołania zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania przewidziane w art. 189 ust. 2 ustawy pzp. Ponadto odwołujący legitymuje się materialno prawną przesłanką do skorzystania ze środków ochrony prawnej określonej w art. 179 ust. 1 ustawy pzp.

Stan faktyczny sprawy jest niesporny.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako ofertę, której treść nie odpowiada treści siwz. Uzasadniając decyzję wskazał, że określił wymagania dotyczące zasad świadczenia serwisu gwarancyjnego dla oferowanych pojazdów, w tym wymagania dotyczące minimalnego okresu gwarancji, jakim winien być objęty oferowany pojazd.

W ofercie odwołującego w pkt 6 formularza wykonawca nie określił liczby lat udzielonej gwarancji (pole, w którym należało wpisać liczbę lat udzielonej gwarancji wykonawca pozostawił puste.).

Odwołujący nie kwestionuje faktu pozostawienia pustego pola w pkt 6 formularza, jednakże ocenia to jako niedopatrzenie możliwe do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp z ewentualnym zastosowaniem procedury wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pzp i uwzględnieniem ogólnie dostępnej wiedzy co do okresu gwarancyjnego stosowanego przez producenta pojazdów marki Opel. W konsekwencji uznaje czynność odrzucenia przez zamawiającego złożonej oferty za naruszającą przepisy ustawy pzp

Skład orzekający potwierdza oczywisty brak w formularzu ofertowym wymaganej informacji o okresie wyrażonym w latach, udzielanej gwarancji i serwisie gwarancyjnym dostarczonych pojazdów. Również analiza pozostałej treści oferty nie pozwala stwierdzić, jaką liczbę lat gwarancji przewiduje udzielić wykonawca w ramach umowy, którą zamierza zawrzeć z zamawiającym. Należy w tym miejscu zauważyć, że wymogi postawione przez zamawiającego dotyczą gwarancji udzielanej przez wykonawcę składającego ofertę (dostawcę pojazdów) w postępowaniu, nie zaś ich producenta. Nie ma w związku z tym podstaw do utożsamiania zasad gwarancji deklarowanych przez producenta z oświadczeniem składanym przez wykonawcę umowy dostawy. Można zresztą zauważyć, że

21

żadne informacje o gwarancji producenta również w ofercie nie zostały przedstawione. Z powyższego wynika, że wykonawca nie określił okresu udzielonej gwarancji, stanowiącego istotny element oferty wymagany treścią siwz, a zatem należy uznać, że treść oferty nie odpowiada treści siwz. Wskazany brak w ofercie, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie może być uznany za omyłkę, która podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy pzp.

W ocenie Izby wykonawca popełnił błąd niezłożenie oświadczenia polegający na niezłożeniu istotnego oświadczenia woli w wymaganym zakresie. Jest to błąd którego nie można naprawić w oparciu o obowiązujące przepisy ustawy pzp. Brak jest również podstaw do zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy pzp, bowiem brak żądanych informacji odnoszących się

bezpośrednio do przedmiotu zamówienia nie może zostać uzupełniony w wyniku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Uzupełnienie przedmiotowo istotnych elementów oferty w odpowiedzi na wezwanie stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy, gdyż oznaczałoby w istocie zmianę treści oferty w wyniku przeprowadzenia niedozwolonych negocjacji z wykonawcą.

Skład orzekający stwierdza również, że braku istotnego elementu oferty stanowiącego przedmiot rozpatrzenia nie może zastąpić ogólna deklaracja w ofercie o spełnieniu wszystkich warunków SIWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, że zamawiający dokonując czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego nie naruszył przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający lzby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: