

Sygn. akt KIO/UZP 179/10

WYROK
z dnia 29 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Izabela Kuciak

Emil Kuriata

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 marca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FUCHS OIL CORPORATION (PI) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (lidera konsorcjum), Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „Energokrak” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą dla lidera konsorcjum 44 – 101 Gliwice, ul. Kujawska 102** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową Spółkę Akcyjną, 40 – 039 Katowice, ul. Powstańców 30**, protestu z dnia **18 stycznia 2010 r.**

przy udziale **Silesia Oil Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 43 – 174 Łaziska Górne, ul. Wapienna 2** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje przywrócenie oferty odwołującego do postępowania w zakresie części 18 zamówienia oraz poprawienie treści oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża **Kompanię Węglową Spółkę Akcyjną, 40 – 039 Katowice, ul. Powstańców 30** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FUCHS OIL CORPORATION (PI) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (lidera konsorcjum), Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „Energokrak” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą dla lidera konsorcjum 44 – 101 Gliwice, ul. Kujawska 102**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy)) przez **Kompanię Węglową Spółkę Akcyjną, 40 – 039 Katowice, ul. Powstańców 30** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FUCHS OIL CORPORATION (PI) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (lidera konsorcjum), Przedsiębiorstwa Handlowo – Usługowego „Energokrak” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą dla lidera konsorcjum 44 – 101 Gliwice, ul. Kujawska 102** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FUCHS OIL CORPORATION (PI) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (lidera konsorcjum), Przedsiębiorstwa Handlowo – Usługowego „Energokrak” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą dla lidera konsorcjum 44 – 101 Gliwice, ul. Kujawska 102**

Uzasadnienie

Zamawiający, Kompania Węglowa S.A. z Katowic, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na dostawę olejów smarowych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2010 roku.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 30.10.2009 r. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

W dniu 07.01.2010 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 18 zamówienia, za którą uznano ofertę SILESIA OIL Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FUCHS OIL CORPORATION (PL) Sp. z o.o. (lider konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „ENERGOKRAK” Sp. z o.o. (zwanym dalej „Konsorcjum”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z nie objęciem ofertą całości przedmiotu zamówienia w części 18, konkretnie pominięciem pozycji 8.

W dniu 18.01.2010 r. Konsorcjum wniosło protest wobec ww. czynności, zarzucając zamawiającemu:

- naruszenie art. 7 ust. 1 i ustawy poprzez poprawienie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 oferty złożonej przez Wykonawcę: Silesia Oil Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wapienna 2, 43-174 Łaziska Górne w zakresie zadania nr 1 poz. 5;
- zaniechanie przez Zamawiającego skorzystania z uprawnień wynikających z zapisu art. 87 ust. 1 Pzp w stosunku do oferty protestującego;
- błędne odrzucenie oferty protestującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 z pominięciem zastrzeżenia wyłączającego możliwość odrzucenia oferty przy zaistnieniu omyłki przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp
- wybór najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 18 z naruszeniem przepisów art. 7 ust. 1,2 i 3 oraz art. 91 ust. 1 i 2 Pzp.

Protestujący wniosł o:

- unieważnienie czynności odrzucenia jego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 dokonanej z pominięciem zastrzeżenia wyłączonego możliwość odrzucenia oferty przy zaistnieniu omyłki przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 18;
- dokonanie na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprawy omyłki w ofercie protestującego poprzez dopisanie do pozycji nr 4 w zadaniu nr 18 omyłkowo pominiętej ilości z pozycji nr 8 w tymże zadaniu i dokonanie stosownych działań arytmetycznych lub też poprzez dopisanie omyłkowo pominiętej pozycji nr 8 w zadaniu nr 18 na końcu tabeli i zastosowanie tego samego sposobu obliczenia wartości pozycji, jak dla pozycji nr 4, gdyż produkty zaoferowane w pozycji nr 4 i w pozycji nr 8 w zakresie zadania nr 18 są identyczne, co znajduje potwierdzenie w dokumentach złożonych wraz z ofertą;
- powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 18 z uwzględnieniem oferty Protestującego.

W uzasadnieniu protestu podniesiono m.in.:

„[...]”

Niewątpliwie omyłkowe pominięcie wyceny w ofercie złożonej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. FUCHS OIL CORPORATION (PL) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kujawska 102, 44-101 Gliwice oraz Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „ENERGOKRAK” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Ciepłownicza 1, 31-587 Kraków w zakresie ostatniej pozycji, nr 8, w zadaniu nr 18 powoduje, że treść oferty Protestującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), jednak na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP ww. omyłkę należy traktować jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, nie powodującą istotnych zmian w treści oferty.

Omyłkowy brak wyceny pozycji nr 8 w zadaniu nr 18 nie jest zamierzonym działaniem ww. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Oferta dla zadania nr 18 została sporządzona na podstawie wzoru formularza ofertowego z SIWZ, gdyż układ graficzny tabel dla zadań od 1 do 39 zamieszczonych na stronach od 33 do 54 SIWZ (Załącznik nr 2 do SIWZ) nie pozwalał na sporządzenie oferty poprzez odręczne wypełnienie tabel. Tabela dotycząca zadania nr 18 została przez Zamawiającego rozdzielona na dwie części - poz. od nr 1 do nr 7 została umieszczona na str. nr 42 SIWZ a pozycja nr 8 - na str. nr 43 SIWZ, co spowodowało omyłkowe pominięcie ostatniej pozycji w ofercie Protestującego. Należy jednak podkreślić, iż produkt - olej hydrauliczny DIN HLP ISO L-HM VG-100 Renolin VG 100, który nie został ujęty w pozycji nr 8 w zadaniu nr 18 to ten sam produkt, który został wyceniony w pozycji nr 4 w zadaniu 18, co znajduje potwierdzenie w dokumentach złożonych wraz z ofertą Protestującego na stronach nr 14, 110-111, 118-119

oraz 374. Z oświadczeń złożonych na str. nr 14 oraz na str. nr 374 oferty oraz z Wykazów parametrów techniczno-użytkowych oferowanego przedmiotu zamówienia (...) zamieszczonych na str. nr 110-111 i nr 118-119 wynika, iż Protestujący zamierzał złożyć ofertę w całym zakresie ilościowym i jakościowym wymaganym przez Zamawiającego. Dodatkowo z Wykazów parametrów techniczno-użytkowych oferowanego przedmiotu zamówienia (...) zamieszczonych na str. nr 110-111 i nr 118-119 wynika, iż olej oferowany w zakresie pozycji nr 4 w zadaniu nr 18 i pomyłkowo pominięty w pozycji nr 8 w tymże zadaniu olej to ten sam produkt - olej hydrauliczny DIN HLP ISO L-HM VG-100 Renolin VG 100 - o identycznych parametrach jakościowych i cenie jednostkowej.

Nie bez znaczenia jest także fakt, iż pozostali Wykonawcy, którzy złożyli oferty w zakresie zadania nr 18 w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego, tj. Silesia Oil Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wapienna 2, 43-174 Łaziska Górne (str. nr 14-15 oferty tegoż Wykonawcy) oraz MTK MORI ON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Narutowicza 1, 32-020 Wieliczka (str. nr 10 oferty tegoż Wykonawcy) w pozycji nr 4 i 8 zaoferowali jednakowe produkty i dokonali ich wyceny w obu pozycjach na identycznym poziomie.

Dlatego też, zdaniem Protestującego, przez analogię, zgodnie z zasadami logiki, Zamawiający powinien na podstawie posiadanych danych wyszczególnionych w pozycji nr 4 w zadaniu nr 18 dla identycznego oleju, tj. cena jednostkowa: 4,30 zł/l, pozostałe podatki w tym akcyza (bez podatku VAT): 1,18 zł/l, oraz cena jednostkowa netto wraz z pozostałymi podatkami, w tym akcyza (bez podatku VAT): 5,48 zł/l dokonać poprawy omyłkowo pominiętej pozycji nr 8 w zadaniu nr 18 na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. Tym bardziej, że jak wykazano powyżej byłoby to możliwe bez postawienia Zamawiającemu zarzutu braku przejrzystości zasad jakimi się przy tym kierował - cena jednostkowa brakującej pozycji wynika bowiem z treści złożonej przez Protestującego oferty.

Na podstawie doktryny, która została oparta na wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. KIO/UZP 1536/08, KIO/UZP 246/09, KIO/UZP 1284/09, KIO/UZP 1260/09 i KIO/UZP 1406/08) oraz wyrokach sądowych (np. wyrok z dnia 24 czerwca 2009 r. Sądu Okręgowego w Rzeszowie, sygn. akt VI Ga 38/09, VI Ga 37/09, VI Ga 32/09), omyłkowe pominięcie ostatniej pozycji nr 8 w formularzu ofertowym dotyczącym zadania nr 18 można poprawić na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP na dwa sposoby:

- poprzez dodanie do pozycji nr 4 w zadaniu nr 18 omyłkowo pominiętej ilości z pozycji nr 8 w tymże zadaniu, tj. 6000 l, dokonanie stosownych działań arytmetycznych i skorygowanie ceny oferty ogółem;
- poprzez dodanie omyłkowo pominiętej pozycji nr 8 w zadaniu nr 18 na końcu tabeli, zastosowanie tego samego sposobu obliczenia wartości pozycji, jak dla pozycji nr 4 i

dokonanie stosownej korekty ceny oferty ogółem, gdyż produkty zaoferowane w pozycji nr 4 i w pozycji nr 8 w zakresie zadania nr 18 są identyczne.

Pierwszy sposób poprawy wyżej opisanej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, nie powodującej istotnych zmian w treści oferty jest sposobem częściej stosowanym w praktyce. Należy dodać, iż taka poprawka nie spowoduje istotnej zmiany w treści oferty ww. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gdyż pod względem ilościowym omyłkowo pominięte 6000 l oleju w pozycji nr 8 w zadaniu nr 18 stanowi 1,8482 % całkowitej ilości dla zadania nr 18, która wynosi 324 640 l a pod względem wartościowym wynosi 40 113,60 zł brutto, co stanowi 1,87893% wartości ogółem brutto oferty Protestującego (2 134 910,94 zł brutto) dla zadania nr 18 z uwzględnieniem pominiętej pozycji.

Dokonanie przez Zamawiającego wyżej opisanej poprawki w ofercie Protestującego doprowadziłoby do porównywalności jego oferty z innymi ofertami złożonymi w zakresie zadania nr 18 i oferta Protestującego pozostałaby ofertą najkorzystniejszą pod względem cenowym - cena stanowi 100 % kryterium oceny ofert - gdyż oferta złożona przez Wykonawcę: Silesia Oil Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wapienna 2, 43-174 Łaziska Górne wybrana przez Zamawiającego, jako najkorzystniejsza, niezgodnie z zapisami art. 7 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 i 2 Ustawy PZP, opiewa na kwotę 2 344 773,88 zł brutto, która jest o 209 862,94 zł, czyli o 9,38 % wyższa od oferty Protestującego.

[...]"

W dniu 25.01.2010 r. zamawiający ww. protest w całości oddalił podnosząc m.in.:

„[...]

Zaistniałe w ofercie niezgodności z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie mają charakteru omyłki możliwej do poprawienia na podstawie art. 87 ust.2 pkt. 3 Ustawy PZP. Przepis ten pozwala bowiem poprawiać jedynie „inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”. W zaistniałej sytuacji kluczowym wydaje się być warunek aby poprawiana omyłka była omyłką nieistotną.

Zamawiający nie podziela zdania Protestującego jakoby niniejsza omyłka, była omyłką nieistotną. Złożenie oferty częściowej przez Protestującego poprzez nie zaoferowanie jednego rodzaju oleju stanowi istotne naruszenie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest bowiem naruszeniem istotnych elementów umowy (tzw. essentialia negotii).

Jednocześnie zdaniem Zamawiającego, wartość poprawianej omyłki, która wg wyliczeń Protestującego, stanowi 1,87893% wartości oferty brutto Protestującego, nic może również w sposób: jednoznaczny potraktowana być jako nieistotna. Za taką mogą być potraktowane

jedynie poprawy ceny stanowiące ułamek procenta całkowitej wartości zadania. Nie bez znaczenia jest fakt, że przywoływane przez Protestującego wyroki Krajowej Izby Odwoławczej dotyczą takich właśnie przypadków.

Równocześnie należy zaznaczyć, że Zamawiający nie miał możliwości dokonania poprawy niezgodności Protestującego. W zakresie zadania nr 18 w pozycjach 4 i 8 Wykonawcy mogli złożyć ofertę na olej o wymaganych parametrach jakościowo-lepkościowych, zarówno od jednego producenta, jak też od różnych producentów. Zatem Zamawiający nie może mieć pewności, że Protestujący złożyłby ofertę w poz. 8 na olej identyczny jak w pozycji 4 oraz, że cena tego oleju byłaby identyczna jak w poz. 4.

[...]"

W dniu 03.02.2010 r. Konsorcjum wniosło odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu podtrzymując wszystkie jego zarzuty i żądania.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), w rozdziale „Podział zamówienia na zadania” wskazano, iż przedmiot dostawy w ramach części 18 zamówienia obejmuje m.in.:

- w poz. 4 OLEJ HYDRAULICZNY DIN HLP ISO L-HM VG-100 np. RENOLIN, SHELL, ENERGOL lub równoważny, POJEMNIK METALOWY 20L, ilość 14 300 litrów
- w poz. 8 OLEJ HYDRAULICZNY DIN HLP ISO L-HM VG-100 np. RENOLIN, SHELL, ENERGOL lub równoważny, POJEMNIK METALOWY 20L, ilość 6000 litrów

Zamawiający wymagał podania i wycenienia w formularzu ofertowym obu wyżej wymienionych, tożsamyh pozycji oddzielnie.

Cały zakres zamówienia objęty zakresem części 18 wynosił 324 640 litry.

W ofercie Konsorcjum, w formularzu ofertowym pominięto poz. 8 zamówienia (poz. oznaczonej takim numerem zabrakło).

Podano natomiast i wyceniono, zgodnie ze wzorem zał. nr 2 do siwz „Formularz ofertowy”, pozycję nr 4 części 18 zamówienia w ten sposób, iż podano ilość oleju (w litrach) oraz cenę jednostkową za litr i na tej podstawie (po przemnożeniu) wyliczono wartość całej pozycji (zarówno netto, jak i brutto).

Na str. 110 i 118 oferty, wypełnionym zgodnie z załącznikiem nr 2a do siwz „WYKAZ PARAMETRÓW TECHNICZNO-UŻYTKOWYCH OFEROWANEGO PRZEDMIOTU

ZAMÓWIENIA, SPEŁNIENIA WYMAGAŃ PRAWNYCH ORAZ WYKAZ ZAŁĄCZONYCH DOKUMENTÓW POTWIERDZAJĄCYCH SPEŁNIENIE PRZEZ OFEROWANE DOSTAWY WYMAGAŃ OKREŚLONYCH PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO”, znalazły się informacje, iż zarówno w pozycji 4 jak i 8 zamówienia zaoferowano olej hydrauliczny typu DIN HLP ISO L-HM VG-100 o nazwie Renolin VG 100 o takich samych kodach CN.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Zastrzeżony do uprzedniego zastosowania przed odrzuceniem oferty art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, iż zamawiający poprawia w ofercie omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Według ustaleń Izby opisanych powyżej, niezgodność treści oferty odwołującego z treścią siwz w aspekcie realizacji nałożonego na wykonawców podania i wycenienia w formularzu ofertowym oleju w poz. 8 części 18 zamówienia jest niewątpliwa. Wobec pominięcia całej pozycji zamówienia nie można mówić jedynie o formalnym wymiarze ww. niezgodności. Oferta zawiera braki, tzn. została przygotowana w sposób materialnie (czyli bezpośrednio odnoszący się do jej „zobowiązaniowej” zawartości – zakresu dostawy) niezgodny z wymaganiami zamawiającego – odwołujący nie podał i nie wycenił części zamówienia w sposób przewidziany w siwz. Zamawiający powinien mieć możliwość weryfikacji zgodność zobowiązania wykonawcy z siwz we wszystkich jego aspektach na podstawie całości treści oferty (wraz z załącznikami), która winna zostać przygotowana i wypełniona w sposób przez niego wymagany, a nie tylko poprzestaniu na ogólnych deklaracjach zgodności wynikających m.in. z samego faktu złożenia oferty czy oświadczeń zawartych w jej treści.

Tym samym wystąpienie opisanych w ustaleniach Izby okoliczności kwalifikuje ofertę odwołującego (jej treść) do oceny jako niezgodną z treścią siwz w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co pociąga z sobą konieczność odrzucenia oferty lub podjęcia wszystkich odpowiednich, przewidzianych ustawą kroków, zmierzających do wyjaśnienia, ustalenia czy ewentualnego poprawienia treści oferty w tym zakresie, np. obligatoryjne poprawienie oferty

na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w przypadku zaistnienia wszystkich przesłanek warunkujących zastosowanie tego przepisu.

W przedmiotowym przypadku Izba potwierdza możliwość, a tym samym obowiązek zamawiającego, poprawienia oferty Konsorcjum na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w zakresie niepodania w formularzu ofertowym pozycji 8 w części 18 zamówienia.

Odnosząc się do powyższego oraz przesłanek i sposobu zastosowania ww. przepisu, Izba wskazuje, iż w pierwszej kolejności warunkiem dokonania stosownego poprawienia treści oferty jest wystąpienie omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz. Dla przyjęcia jej wystąpienia bynajmniej nie ma potrzeby odwoływania się i badania wynikającej ze znaczenia pojęcia omyłki „nieświadomości” wykonawcy, co do niezgodności treści jego oferty z siwz, czy istnienia pewności zamawiającego, co do rzeczywistych intencji wykonawcy w trakcie przygotowywania oferty lub genezy i przyczyn powstania danej niezgodności oferty z treścią siwz. Należy przyjąć tu możliwie szerokie rozumienie terminu omyłka użytego w ww. przepisie. Omyłką będą więc zarówno błędy w przygotowaniu oferty i odpowiednim, prawidłowym wyrażeniu jej treści popełnione przez wykonawcę, jak też pominięcia (np. wynikające z zapomnienia, błędnego rozumienia wymagań siwz.... etc.) w wypełnieniu czy przedłożeniu wszystkich elementów oferty. Tym samym właściwie wszystkie nieprawidłowości oferty, która z założenia ma być zgodna z treścią siwz obowiązującą w ramach danego postępowania, w którym oferta jest składana, są omyłkami wykonawcy i jako takie winny być traktowane. Omyłką będzie więc każda niezgodność treści oferty z treścią siwz, chyba, że sam wykonawca będzie utrzymywał co innego, tzn. będzie obstawał, iż treść, zakres czy sposób przygotowania oferty są prawidłowe i w taki sposób powinny być traktowane (np. nie zgodzi się na poprawienie treści jego oferty) lub udowodnione mu zostanie świadomie i celowe sporządzenie oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego (co w praktyce obrotu jest nieomal niewykonalne).

W świetle powyższego, jak już wskazano, stwierdzić należy, iż w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z omyłką w ofercie polegającą na jej niezgodności z siwz. Następną przesłanką warunkującą możliwość poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest istotność zmian w treści oferty, którą poprawka taka pociąga, tzn. ww. przepis zakazuje dokonywania zmian istotnych.

Pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. Niezależnie od jasności słownikowych definicji samego pojęcia „istotności” oraz definiowanej *a contrario* „nieistotności” oraz możliwości pewnego wskazania przykładowych desygnatów pod owe pojęcia podpadających, w praktyce stosowania prawa zawsze występowały będą pograniczne przypadki, których kwalifikacja pozostawała będzie sporna i niepewna. Ze wskazaną nieostrością pojęcia wiąże się więc niemożliwość wytyczenia abstrakcyjnej i generalnej dla wszystkich sytuacji delimitacji zastosowań i kwalifikacji zmian w ofertach jako

istotne lub nieistotne. Decyzja w przedmiocie rozgraniczenia i tym samym możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich *essentialiae negotii*. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Odnosząc powyższe do przedmiotowego przypadku stwierdzić należy, iż przeprowadzenie postulowanych przez odwołującego poprawek w treści jego oferty zwiększyłoby zakres dostawy wyrażony w formularzu ofertowym o niespełna 2% i analogicznie w podobnym stosunku zwiększyłaby się wartość oferty Konsorcjum złożonej w części 18 zamówienia. Uwzględniając powyższe proporcje oraz charakter określenia i wyliczenia wartości dostawy polegający na podaniu ilości litrów i ceny jednostkowej za litr oraz wartości zbiorczej uzyskiwanej z przemnożenia powyższych, stwierdzić należy, iż zmiana polegająca na dodaniu brakującej ilości litrów określonego oleju w pozycji nr 8 części 18 oraz związanej z tym korekcie wartości oferty zarówno w jej aspekcie materialnym, jak i formalnym nie powinna być uznawana za istotną i niemożliwą do przeprowadzenia.

Ostatnią, wprost niewyrażoną, ale wyprowadzaną z treści pkt 3 ust. 2 art. 87 Pzp przesłanką poprawienia oferty jest wiedza zamawiającego, na którym obowiązek poprawiania ofert na mocy ww. przepisu spoczywa, w przedmiocie sposobu w jaki daną ofertę poprawić. Przyjąć należy, iż wiedza tego typu winna wynikać z treści samej oferty, ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zd. 2. W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji.

Tego typu sytuacja w rozpatrywanym przypadku nie zachodzi. Przeciwnie – jako przesądzające dla możliwości poprawienia przedmiotowej oferty uznano okoliczności, iż w samej ofercie znalazły się dane na temat jaki rodzaj materiałów wykonawca oferuje oraz dane na temat wyceny tego typu materiałów, którą w ofercie przyjmował, a pominął w poz. 8 cz. 18 formularza ofertowego. Informacje nt. oleju zaoferowanego w poz. 8 oraz, iż jest to olej tożsamy z olejem zaoferowanym w pozycji nr 4 znalazły się na stronach nr 110 i nr 118

oferty Konsorcjum, gdzie podano nazwę własną i dodatkowe oznaczenia pozwalające na identyfikację produktu. Ceny jednostkowe tego typu oleju podano natomiast w pozycji 4 przedmiotowej części zamówienia. Tym samym w ocenie Izby nie ma najmniejszych wątpliwości jaki olej i w jakiej cenie winien się znaleźć w omyłkowo pominiętej przez odwołującego pozycji nr 8 części 18 zamówienia.

W związku z powyższym zasadne stało się nakazanie zamawiającemu poprawienie oferty Konsorcjum poprzez dodanie w tabeli formularza ofertowego dotyczącego części 18 zamówienia, pozycji nr 8 z odzwierciedleniem ilości oleju wymaganego przez zamawiającego (tak jak w siwz) wraz z jej uzupełnieniem o dane cenowe zawarte w poz. nr 4 tabeli i konsekwentnie wyliczenie ceny całej pozycji na podstawie tych danych, a następnie skorygowanie o uzyskaną kwotę ceny całej oferty w danej części zamówienia.

Nakazanie zamawiającemu przywrócenia oferty odwołującego do postępowania oraz dokonania poprawienia jej treści w oparciu zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 jest równoważne z koniecznością powtórzenia wszelkich niezbędnych czynności w postępowaniu, które wiążą się z pozostawieniem w postępowaniu ważnej oferty, która według kryteriów oceny ofert pozostaje ofertą najkorzystniejszą, typu: powtórzenie oceny ofert i ewentualny wybór tej oferty, chyba, że zajdą przesłanki unieważnienia postępowania lub wykluczenia wykonawcy albo odrzucenia jego oferty w związku z wystąpieniem innych okoliczności niż rozpatrywane w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Reasumując, Izba potwierdza naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zamawiającego w związku z odrzuceniem oferty odwołującego bez uprzedniego zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, a tym samym potwierdza naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 poprzez jego niezastosowanie w stosunku do oferty odwołującego w zakresie części 18 zamówienia w związku z brakiem pozycji nr 8 w formularzu ofertowym.

Nie potwierdzono naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez jego zastosowanie do oferty Silesia Oil Sp. z o.o.

Naruszenie pozostałych przepisów wskazywanych w proteście i odwołaniu jest wtórne do naruszenia przepisów wyżej wymienionych, w związku z czym zarzuty ich dotyczące nie były przez Izbę rozpatrywane.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....