

WYROK

z dnia 11 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2014 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego OLAN Południe spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Dąbrowie Tarnowskiej oraz OLAN spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe SA w Warszawie,

przy udziale wykonawcy Tankpol – R. M..... i wspólnicy sp. j. w Szczucinie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego OLAN Południe spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Dąbrowie Tarnowskiej oraz OLAN spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie, i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego OLAN Południe spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Dąbrowie Tarnowskiej oraz OLAN spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego OLAN Południe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w

Dąbrowie Tarnowskiej oraz OLAN spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie, na rzecz Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe SA w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr [słownie: trzech tysięcy sześćset złotych, zero groszy] stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 907], na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Skład orzekający:

UZASADNIENIE

I. Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe SA w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są „Dostawy w 2014 roku nowej podsypki tłuczniowej kolejowej naturalnej”. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Zamawiający, pismem z dnia 13 lutego 2014 r. odrzucił ofertę Odwołujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, podając jako uzasadnienie faktyczne, że w złożonej przez Odwołującego ofercie zostały wskazane kwoty różne dla poszczególnych sekcji w ramach jednego Zakładu Linii Kolejowych za dostawę 1 tony podsypki tłuczniowej, dla tego samego typu wagonu, co jest niezgodne z warunkiem określonym w Rozdziale XVI SIWZ. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Tankpol – R. M..... i wspólnicy sp. j. w Szczucinie.

III. Odwołujący w dniu 21 lutego 2014 r. złożyli odwołanie wobec czynności odrzucenia własnej oferty, stawiając zarzuty:

1) niezastosowania art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

2) wadliwego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych - przez uznanie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji, podczas gdy Odwołujący wypełnił wszelkie rubryki zawarte w załączniku nr 1a i 1b do formularza oferty;

3) wadliwego zastosowania art. 91 ust. 1 Prawo zamówień publicznych - przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji,

4) nie zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych - pomimo takiego obowiązku i potrzeby.

W oparciu o tak wyartykułowane zarzuty, Odwołujący postawili żądania nakazania Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności Zamawiającego z 13 lutego 2014 r., polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
- 2) unieważnienia przez Zamawiającego czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty, którą została oferta wykonawcy TANKPOL - R. M.....

i wspólnicy Sp.J.,

- 3) dokonania ponownej oceny ofert,
- 4) dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. oferty Odwołującego,
- 5) zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym w szczególności wpisu oraz kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podali, że punkt 1) Rozdziału XVI SIWZ brzmi następująco:

1. *„Wykonawca określi w ramach każdego z zadań, na które składa ofertę, cenę netto za 1 tonę podsypki dla danego Zakładu Linii Kolejowych, oddzielną dla każdego z typu wagonów, wraz z dostawą do miejsca dostawy oraz całkowitą wartość netto i brutto za całą dostawę w złotych polskich, zarówno dla dostaw podstawowych jak i łącznych dostaw [podstawowych +opcjonalnych].”*
2. Natomiast w wierszu 7-9 Zamawiający wprowadza zapis:

„Wykonawca w ramach danego zadania w danym Zakładzie Linii Kolejowych, dla danego typu wagonów, może określić tylko jedną cenę za dostawę 1 tony podsypki tłuczniowej”.

Odwołujący podali, że użyta partykuła „może” nadaje zapisowi, zgodnie z zasadami języka polskiego, „*odcień przypuszczenia, wahania, osłabienia kategoryczności, stosowana jest w celu wyrażenia propozycji.*” Jak wynika z definicji, powyższy zapis zawierający partykułę „może” daje możliwość ale nie wprowadza obowiązku.

Zdaniem Odwołujących, jeżeliby nawet przyjąć, że zapis w punkcie drugim nakłada na Oferenta obowiązek podanie tylko jednej ceny, to powyższe zapisy stoją z sobą w sprzeczności ponieważ, z zapisu w pkt 1 wynika wprost, że Zamawiający żąda określenia nie jednej lecz oddzielnej ceny za 1 tonę podsypki dla danego Zakładu Linii Kolejowych dla każdego z typu wagonów, wraz z dostawą do miejsca dostawy. Potwierdzeniem powyższego żądania Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, jest treść i forma załączników nr 1a, 1b do SIWZ stanowiących formularze cenowe. Załączniki nr 1 a, 1b określają: nazwę zakładu, miejsce dostawy, typ wagonu, cenę netto za 1 tonę, całkowitą wartość netto. Treść i forma załączników 1a, 1b zdaniem Odwołującego wyczerpują w 100% żądanie Zamawiającego określone w pkt. 1 powyżej. Załączniki nr 1a, 1b Odwołujący uzupełnił i stanowią załącznik do oferty Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego, treść określona przez Zamawiającego wskazuje, że Odwołujący może podać nie oddzielną lecz jedną cenę za dostawę 1 tony, dla danego typu wagonów w danym Zakładzie i danym zadaniu. Jest niezrozumiałe dlaczego Zamawiający wskazuje w uzasadnieniu do odrzucenia oferty Odwołującego, że dla zadania i Zakładu należy określić jedną cenę. Zakłady zostały przyporządkowane do zadań w ramach dostaw na zadanie 1 ujętych jest 9 Zakładów. Określając jedną cenę za dostawę 1 tony, dla danego typu wagonów w danym Zakładzie nie zostanie spełnione żądanie Zamawiającego, ponieważ Zamawiający żąda określenia dla ZADANIA I ZAKŁADU jednej ceny dla każdego typu wagonu. Zdaniem Odwołującego, aby spełnić żądanie Zamawiającego, należało określić jedną cenę za dostawę 1 tony, dla danego typu wagonów dla zadania nr 1 i dla 9 Zakładów przyporządkowanych przez Zamawiającego do zadania nr 1 oraz jedną cenę za dostawę 1 tony, dla danego typu wagonów w zadaniu nr 2 i dla 9 Zakładów przyporządkowanych przez Zamawiającego do zadania nr 2.

Odwołujący postawił pytanie, jaki sens ma określanie cen w każdym Zakładzie oddzielnie, jeżeli możemy w danym zadaniu dla danego typu wagonów określić tylko jedną cenę a poszczególne Zakłady są przyporządkowane przez Zamawiającego do danego zadania.

Po przeanalizowaniu treści pkt. 1 Rozdziału XVI SIWZ, Odwołujący doszedł do wniosków nie budzących żadnych wątpliwości, że zastosował się do zapisów pkt. 1 rozdziału XVI SIWZ tym samym treść złożonej oferty odpowiada SIWZ. Decyzja ta podyktowana była również faktem, że formularze ofertowe załączone przez Zamawiającego do SIWZ nie dawały możliwości określenia ceny dla danego zadania za 1 tonę dla danego typu wagonów.

Odwołujący nie zgodził się również z argumentacją i decyzją Zamawiającego o wyborze oferty firmy Tankpol- R..... M..... i wspólnicy Sp. j.. Oferta firmy Tankpol- R..... M..... i wspólnicy Sp. j. zdaniem Odwołującego nie odpowiada treści Rozdziału XVI SIWZ ponieważ w formularzach cenowych firmy Tankpol-R..... M..... i wspólnicy Sp. j. została podana jedna cena za 1 tonę podsypki dla danego Zakładu, jedną dla danego typu wagonów. Zamawiający w pierwszej części pkt. 1 Rozdziału XVI SIWZ określił że: „Wykonawca określi w ramach każdego z zadań, na które składa ofertę, cenę netto za 1 tonę podsypki dla danego Zakładu Linii Kolejowych, oddzielną dla każdego z typu wagonów, wraz z dostawą do miejsca dostawy oraz całkowitą wartość netto i brutto za całą dostawę w złotych polskich, zarówno dla dostaw podstawowych jak i łącznych dostaw [podstawowych +opcjonalnych].

Oferta firmy Tankpol- R..... M..... i wspólnicy Sp. j. nie określa ceny oddzielnej dla każdego z typów wagonów lecz jedną. Odwołujący postawił następnie tezę, że ilości podane przez tegoż Oferenta zawierają ilości tonażowe które niemożliwe są do

przewiezienia, np. podane jest, że ilość 440 ton zostanie przewieziona 10 wagonami, gdzie w jednym wagonie można załadować nie więcej niż 25 ton. Odwołujący postawił pytanie, jakim więc sposobem zostanie przewieziona aż 440 tony a więc o 190 ton więcej niż ładowność poszczególnych wagonów nie wiadomo. Zamawiający w drugiej części pkt. 1 Rozdziału XVI SIWZ określił że: Wykonawca w ramach danego ZADANIA I W DANYM ZAKŁADZIE, dla danego typu wagonów, może określić tylko jedną cenę za dostawę 1 tony podsypki. Oferta firmy Tankpol-R..... M..... i wspólnicy Sp. j. nie określa jednej ceny za 1 tonę dla danego typu wagonów i danego zadania. Jak wynika z powyższego Oferta firmy Tankpol-R..... M..... i wspólnicy Sp. j. nie spełnia żadnego żądania Zamawiającego określonego w pkt. 1) Rozdziału XVI SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający wadliwie zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy uznając, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji. Odwołujący zastosował się do wymogów zamawiającego określonych w specyfikacji i z tego tytułu nie może ponosić negatywnych konsekwencji. Odwołujący wypełnił wszelkie rubryki zawarte w załącznikach nr 1a i 1a do formularza oferty [zgodnie z przygotowaną przez zamawiającego formułą załącznika]. Niezwykle istotnym jest, że sposób wypełnienia przez odwołującego załączników nr 1a i 1b do specyfikacji nie kłóci się z intencją Zamawiającego, którą przyjął odwołujący, a którą można sprowadzić do tezy, że dlatego w taki sposób Zamawiający przygotował projekt załączników nr 1a, 1b że chciał mieć gwarancję, że cena oferty obejmuje pełen zakres zamówienia.

Tak więc, Zamawiający nie powinien odrzucać oferty Odwołującego w oparciu o treść art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Wedle stanowiska przedstawionego w wyroku KIO z 30 marca 2010 r. w sprawie KIO/UZP 321/10 odrzucić ofertę można, gdy jej treść z całą pewnością nie odpowiada treści specyfikacji. W żadnym razie nie można tego dokonać, gdy treść oferty nie została należycie zbadana, uzupełniona zgodnie z dyspozycją art. 26 ustawy, albo wyjaśniona - w przypadku wątpliwości co do jej zgodności ze specyfikacją. Zarówno w doktrynie jak orzecznictwie potwierdzono, że o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji można mówić jedynie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji zamówienia w całości [KIO/UZP 1093/08]. *Ratio legis* art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jest odpowiednio: eliminacja z postępowania ofert, na których podstawie nie można zrealizować danego zamówienia publicznego zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz niedających możliwości prawidłowego ustalenia ceny i w konsekwencji prawidłowego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego [obowiązku zapłaty]. W niniejszym przypadku jednak takie okoliczności z pewnością nie zachodzą, gdyż cena ofertowa została przedstawiona przez Odwołującego w sposób nie budzący żadnych wątpliwości.

Dorobkiem doktryny oraz orzecznictwa KIO, jest pogląd, że norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.

Zatem, o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji zamówienia w całości. Interpretacja art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP nakazuje odniesienie normy tegoż przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. O niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji można więc mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w sposób opisany przez zamawiającego w specyfikacji.

Mając, zatem na względzie powyższe - w kontekście opisu przedmiotu zamówienia - o udzielenie zamówienia publicznego trudno przyjąć, jakoby sposób przygotowania oferty przez Odwołującego, jak i sama jej treść stanowiła przesłankę do jej odrzucenia, tym bardziej, że fakt rozróżnienia cen jednostkowych wyszczególnionych w ofercie odnośnie każdego indywidualnego rodzaju czy odmiennej lokalizacji dostaw nie powoduje niemożności realizacji umowy, czy też niejasności w zakresie ceny, która to *de facto* ustanowiona została przez Zamawiającego jako cena ryczałtowa.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Wyrazem zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest m.in. precyzyjne i niebudzące wątpliwości sporządzenie specyfikacji. Stosownie do wyroku Zespołu Arbitrów z 28 maja 2007 r. w sprawie o sygnaturze UZP/ZO/0-598/07 postanowienia specyfikacji muszą być na tyle jednoznaczne, aby nie dopuszczały rozbieżności interpretacyjnych, a wszelkie wątpliwości nie mogą być tłumaczone na niekorzyść wykonawców.

Zgodnie z orzeczeniem z 29 stycznia 2009 r. KIO w sprawie KIO/UZP 48/09, to na Zamawiającym spoczywa obowiązek jednoznacznego i jasnego precyzowania postanowień specyfikacji. Fakt, że postanowienia te nie czynią zadość tym wymogom, nie mógłby być poczytany na niekorzyść odwołującego i nie mógłby prowadzić do zastosowania sankcji odrzucenia oferty. W podobny sposób wypowiedział się również Zespół Arbitrów w sprawie UZP/ZO/O-817/05. Orzeczenie wskazywało, że wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych skutków w zakresie niejednoznacznych postanowień specyfikacji. Nie można na niekorzyść

wykonawców interpretować postanowień specyfikacji, które mogą budzić wątpliwości, gdyż działają oni w zaufaniu do zamawiającego, na którym ciąży obowiązek jednoznacznego i jasnego sformułowania specyfikacji. Wykonawcy nie mogą być obciążeni negatywnymi skutkami niewystarczającego doprecyzowania przez Zamawiającego postanowień specyfikacji. Według Zespołu Arbitrów [wyrok z 24 kwietnia 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-442/07], specyfikacja jest podstawowym dokumentem określającym warunki udziału w postępowaniu, warunki, na jakich należy złożyć ofertę w tym postępowaniu oraz według jakich zasad będą dokonywane badanie i ocena ofert oraz wybór najkorzystniejszej oferty. Postanowienia zawarte w specyfikacji powinny być jasne, zrozumiałe i jednoznaczne oraz zgodne z podstawowymi zasadami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, a w szczególności z zasadą równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Specyfikacja ma chronić interes zamawiającego i gwarantować mu, że otrzyma dobro, które rzeczywiście było przedmiotem zamówienia. Specyfikacja ma chronić również interes prawny wykonawcy, że jego oferta, jeżeli będzie najkorzystniejsza, zostanie wybrana w przetargu. Dlatego postanowienia specyfikacji muszą być precyzyjne, jednoznaczne, a wątpliwości powstałe na tym tle powinny być, z zachowaniem przepisów prawa, rozstrzygane na korzyść wykonawcy [wyrok ZA z 30 maja 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/O-1076/05; wyrok ZA z 18 sierpnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/O- 2197/05]. Tym samym, zamawiający nie może obciążać wykonawców odpowiedzialnością za swój brak precyzji w formułowaniu specyfikacji i w związku z tym nie może wykluczyć wykonawców, którzy spełniają ogólnie postawione warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący podał, że przyjmując, że wyżej wskazane argumenty nie uzyskałyby uznania, to należałoby stwierdzić, że Odwołujący się zasugerowany formą załącznika nr 1a i 1b omyłkowo podał co prawda odmienne ceny w ramach danego zadania i danym Zakładzie, dla danego typu wagonów. Jednak, w ocenie Odwołującego zaistniała omyłka nie stanowi oczywistej omyłki pisarskiej lub omyłki rachunkowej, jest inną omyłką polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z przepisem art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt. 3, który zobowiązuje Zamawiającego do poprawienia takich niezgodności z treścią SIWZ, które po pierwsze mają charakter omyłki, po drugie nie powodują istotnych zmian w treści oferty. W przedmiotowej sprawie pierwsza z przywołanych wyżej przesłanek zdaniem Odwołującego jest spełniona. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawierają wytycznych, w jaki sposób oceniać istotność zmian w treści oferty. Kwestię tę należy analizować z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy oraz celu przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,

którym 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. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco. Zdaniem Odwołującego się poprawienie omyłek w jego ofercie nie spowoduje jej istotnych zmian:

1. Przykład przeliczenia ceny dla zakładu:

Wartość całkowita netto dla zakładu Białystok w zadaniu 1 wynosi 887 625,00 zł; łączna ilość ton dla zakładu Białystok w zadaniu 1 wynosi 8000 ton; średnia cena za 1 tonę dla Zadania wynosi 110,95 zł. Uzyskujemy jedną cenę za 1 tonę dla wszystkich wyszczególnionych rodzajów wagonów i każdego rodzaju wagonów, dla Zakładu Białystok.

Wartość po przeliczeniu $8000 \text{ ton} \times 110,95 = 887\,600,00 \text{ zł}$

Różnica pomiędzy wartością z oferty a wartością po przeliczeniu wynosi 25,00 PLN co stanowi 0,0028 % wartości oferty Odwołującego.

Różnica wynika z ogólnych zasad matematycznych zaokrąglania.

2. Przykład przeliczenia dla zadania 1:

Wartość całkowita netto dla Zadania 1 wynosi 5 621 577,40 zł, łączna ilość ton dla Zadania 1 wynosi 54 000, średnia cena za 1 tonę dla Zakładu wynosi 104,10 zł. Uzyskujemy jedną cenę za 1 tonę dla wszystkich wyszczególnionych rodzajów wagonów i każdego rodzaju wagonów, dla Zadania 1.

Wartość po przeliczeniu $54\,000 \times 104,10 = 5\,621\,400,00 \text{ zł}$.

Różnica pomiędzy wartością z oferty a wartością po przeliczeniu wynosi 177,40 PLN, co stanowi 0,0031 % wartości oferty Odwołującego.

Różnica wynika z ogólnych zasad matematycznych zaokrąglania.

Odwołujący podał, że Zamawiający wg. własnych potrzeb tj. [cena dla zakładu lub dla zadanie] może wykonać przeliczenia samodzielnie bez udziału wykonawcy z danych zawartych w treści oferty. Wartość powstałej różnicy, zdaniem Odwołującego, jest znikoma w stosunku do wartości całego przedmiotu zamówienia i nie powoduje istotnej zmiany oferty.

Zgodnie z orzeczeniem KIO, w wyroku z dnia 15.02.2012r. [Sygn. akt: KIO 236/12] stwierdziła że zmiana ceny oferty o 0,8% [77.806,00 zł] jest znikoma w stosunku do wartości zamówienia i zdaniem Izby poprawienie omyłek w ofercie nie spowoduje jej istotnych zmian i omyłka podlegała poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podkreślił, iż pojawienie się w ofercie wykonawcy omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, powoduje powstanie po stronie Zamawiającego nie tylko uprawnienia, ale również obowiązku jej poprawienia. Powyższy przepis bowiem wprost stanowi; „zamawiający poprawia”, a sformułowanie to ma charakter

kategoryczny. Zamawiający musi zatem poprawić omyłkę znajdującą się w ofercie wykonawcy, choćby ten nie wnosił o podjęcie przez zamawiającego stosownego działania w tym zakresie. Takie stanowisko zostało zaprezentowane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2009 r. [sygn. akt: KIO/UZP 1427/09; KIO/UZP 1428/09]. Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, iż zanim Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powinien na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyczerpać procedurę, o której mowa w art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych. Interpretacja stosowania normy zawartej w art. 87 ust. 2 pkt. 3 była między innymi przedmiotem wyroku wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą w dniu 16 stycznia 2009 r. [sygn. akt: KIO/UZP 1536/08].

W zakresie ostatniego z zarzutów tj. naruszenia dyspozycji art. 91 ust. 1 ustawy, wedle którego Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji, Odwołujący wskazał, że w przypadku prawidłowego zastosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. W Rozdziale XVII SIWZ Zamawiający określił, że jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty będzie cena, a cena zaproponowana przez odwołującego była ceną najniższą.

Kluczową więc kwestią jest problem postanowień w specyfikacji, które nie w pełni odzwierciedlają intencje Zamawiającego. Jak wskazuje, w tym przedmiocie, jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający nie może wyciągać negatywnych skutków z omyłek zaistniałych w specyfikacji, a także ogłoszeniu. Przykładowy fragment wyroku z tego zakresu brzmi „Skład orzekający izby, popiera w tym zakresie ugruntowane już stanowisko orzecznictwa i doktryny, że wykonawca, który działa w zaufaniu i dobrej wierze do sporządzonych przez zamawiającego dokumentów, w tym wzorów załączników do specyfikacji, nie może ponosić negatywnych konsekwencji nieprecyzyjnych czy niejasnych postanowień specyfikacji”, a fraza ta znalazła się w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 27 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 162/09.

Pamiętać przy tym należy, iż postępowanie prowadzone w ramach zamówień publicznych powinno zmierzać do wyboru najkorzystniejszej oferty a nie służyć do wykluczenia ofert z błahych, nieistotnych powodów. W niniejszym przypadku należy również wskazać na znaczącą różnicę cenową pomiędzy oferentami uczestniczącymi w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Zaoferowane bowiem przez Odwołującego ceny brutto na cały zakres zamówienia tj. zadanie 1 i 2 wynoszą 13 654 839,98 PLN. Tymczasem oferta firmy Tankpol - R..... M..... i wspólnicy Sp. j.: 14 832 768,26 PLN. Różnica wynosi zatem aż: 1 177 928,28 PLN.

IV. Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Tankpol – R. M..... i wspólnicy sp. j. w Szczucinie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożone zostało przystąpienie.

V. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

[1] w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, Zamawiający powołał się na definitywny charakter wymagania dotyczącego podania jednej ceny dla dostaw realizowanych w jednym typie wagonu, zauważając, że Odwołujący dokonał wykładni językowej zapisu Rozdziału XVI pkt 1 zd. 2 SIWZ w sposób niezgodny z zasadami języka polskiego, nieprawidłowo przyjął w swoim wywodzie, że określenie „może” stanowi w tym przypadku partykułę. Na gruncie zasad języka polskiego pojęcie „partykuła” oznacza bowiem nieodmienną część mowy, stanowiącą niesamodzielny i nieposiadający samodzielnego znaczenia wyraz lub morfem nadający wypowiedziom zabarwienie znaczeniowe lub uczuciowe. Przykładem zdania, w którym określenie „może” występuje w znaczeniu wskazanym przez Odwołującego [tj. jako partykuła, bądź modulant modalny - według odmiennej klasyfikacji] może być zdanie: „Oni może pójdą do kina”. W takim zdaniu funkcję podmiotu pełni wyraz „oni”, funkcję orzeczenia wyraz „pójdą” [czasownik „pójść” odmieniony w trzeciej osobie liczby mnogiej], „do kina” jest okolicznikiem allatywnym miejsca, zaś partykuła „może” nie pełni w zdaniu żadnej funkcji [nie jest podmiotem, orzeczeniem, przydawką, dopełnieniem ani okolicznikiem], modyfikuje jedynie znaczenie orzeczenia [wyraża przypuszczenie]. Stąd też według innych metod klasyfikacji części mowy wyraz „może” użyty w ww. znaczeniu bywa kwalifikowany jako tzw. modulant modalny, tj. jako nieodmienna część mowy, znaczeniowo samodzielna, lecz nie wchodząca w związki składniowe [pozostająca poza strukturą wypowiedzenia lub wykazująca luźny związek z pozostałymi leksemami w zdaniu]. Modulanty uznaje się za wyrazy, których usunięcie ze zdania nie powoduje zmiany zasadniczego znaczenia wypowiedzi. Tymczasem szczegółowa analiza językowa zapisu Rozdziału XVI pkt 1 zd. 2 prowadzi do wniosku, iż w badanym zdaniu określenie „może określić” pełni funkcję orzeczenia. Jest to tzw. orzeczenie modalne, składające się z czasownika [„może”] oraz bezokolicznika [„określić”]. Określa ono bowiem czynność [zachowanie] podmiotu zdania [wykonawcy], odpowiadając na pytanie: co podmiot [wykonawca] robi / co się z podmiotem dzieje / w jakim jest stanie. Uproszczony schemat tego zdania przedstawia się następująco: „wykonawca [podmiot] może określić [orzeczenie modalne] cenę [dopełnienie bliższe]. Powyższe nakazuje zakwalifikować określenie „może” nie jako partykułę [która sama w sobie nie ma żadnego znaczenia i nie może stanowić części zdania, jaką jest orzeczenie], lecz jako czasownik „móc” występujący w trzeciej osobie liczby pojedynczej [on [wykonawca], ona, ono: może]. Stąd też określeniu temu należy przypisać

inne znaczenie, niż wskazane przez Odwołującego. Czasownik „móc” na gruncie języka polskiego oznacza bowiem:

- według Słownika języka Polskiego Wydawnictwa Naukowego PWN [sjp.pwn.pl):
 1. być w stanie coś zrobić,
 2. mieć prawo do czegoś,
 3. być prawdopodobnym, być możliwym [*jeśli się pospieszymy, możemy zdążyć*],
- według Wielkiego Słownika języka Polskiego Polskiej Akademii Nauk [wsjp.pl):
 1. obiektywną możliwość [mieć dość czasu, środków, zdolności itp. aby coś zrobić],
 2. brak zakazu, nie natrafiać na zakaz, który zabraniałby coś zrobić,
 3. prawdopodobieństwo [jest prawdopodobne, że coś się stanie lub będzie jakieś],
 4. słowo używane w pytaniach dla wyrażenia prośby lub zaoferowania pomocy [czy mogę coś powiedzieć?].

Zdaniem Zamawiającego, w świetle powyższego, czasownik „może” użyty w zdaniu „Wykonawca w ramach danego zadania i w danym Zakładzie Linii Kolejowych, dla danego typu wagonu, może określić tylko jedną cenę za dostawę 1 tony podsypki tłuczniowej”, niewątpliwie wskazuje na prawo wykonawcy [brak zakazu] do określenia tylko jednej ceny za dostawę podsypki dla danego typu wagonu i w danym Zakładzie Linii Kolejowych. Jednocześnie użyte w cytowanym zdaniu określenie „tylko” jednoznacznie wskazuje, iż podanie więcej niż jednej ceny [albo nie podanie ceny w ogóle] dopuszczalne nie jest. Funkcją partykuły „tylko” jest w języku polskim ograniczenie odniesienia komunikowanego w zdaniu sądu do tych obiektów i stanów rzeczy, które są wymienione [tak: Słownik Języka Polskiego Wydawnictwa PWN] i wskazanie przez nadawcę, że to, co jest prawdziwe o tym, o czym mowa, nie jest prawdziwe o czym innym [Wielki Słownik języka Polskiego PAN]. Przyjęcie zatem, że wykonawca jest uprawniony do wskazania tylko jednej ceny dla danego typu wagonu oznacza zatem, że nie ma on już prawa wskazać większej ani mniejszej liczby cen [w tym zakresie uprawnienie mu nie przysługuje]. W tych okolicznościach określenie przez Odwołującego różnych cen za 1 tonę podsypki dostarczanej w wagonach tego samego typu i dla jednego Zakładu Linii Kolejowej z całą pewnością stanowiło niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Zamawiający powołał się również na brak wewnętrznej sprzeczności w treści Rozdziału XVI pkt 1 SIWZ, nie zgadzając się z poglądem Odwołującego, że w treści SIWZ zachodziła jakakolwiek sprzeczność pomiędzy zd. 1 oraz zd. 2 w pkt 1 Rozdziału XVI. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący zdaje się upatrywać tej sprzeczności w tym, że z jednej strony Zamawiający wymagał, aby wykonawcy oddzielnie określili ceny dla każdego z typów wagonów w ramach danego Zakładu Linii Kolejowych [zd. 1], z drugiej zaś dopuszczał podanie tylko jednej ceny dla danego typu wagonu w jednym Zakładzie Linii Kolejowych. W ocenie Zamawiającego, podniesiona przez Odwołującego

argumentacja potwierdzająca ww. sprzeczność jest niezrozumiała - Odwołujący nie wyjaśnił, dlaczego jego zdaniem wymaganie dotyczącego podania przez wykonawców oddzielnej ceny dla każdego z typów wagonów nie byłoby możliwe do pogodzenia z wymaganiem, aby dla danego typu wagonu należało podać tylko jedną cenę. W ocenie Zamawiającego zupełnie oczywistym jest, iż pomiędzy zd. 1 a zd. 2 zapisu pkt 1 w Rozdziale XVI SIWZ żadna sprzeczność nie zachodzi; analiza językowa ww. postanowień prowadzi do wniosku, iż Zamawiający wymagał od wykonawców aby:

- odrębnie oszacowali ceny 1 tony podsypki dla poszczególnych typów wagonów dostarczanych w ramach jednego Zakładu Linii Kolejowych [tj. aby w odniesieniu do każdego z typów wagonów cena została ustalona odrębnie, tj. w inny sposób, niż ceny pozostałych typów wagonów w tym zakładzie], a jednocześnie
- aby dla w ramach jednego [danego] typu wagonu i dla tego samego Zakładu Linii Kolejowych cena 1 tony podsypki tłuczniowej była ustalona na jednakowy poziomie [tj. aby nie była ona różnicowana w zależności od sekcji, dla której dostawa miała być realizowana].

Zamawiający zwrócił uwagę, że w treści formularza ofertowego [załączniki nr 1a i 1b do formularza ofertowego] dokonał następującego podziału dostaw stanowiących przedmiot zamówienia:

- 1) w ramach każdego z Zadań wyróżnione zostały dostawy realizowane na rzecz poszczególnych Zakładów Linii Kolejowych;
- 2) dostawy realizowane dla jednego Zakładu podzielił według miejsca realizacji dostaw [Sekcje Eksploatacji, stacje i tory];
- 3) wreszcie dokonał rozbicia dostaw realizowanych w poszczególnych miejscach [Sekcjach Eksploatacji] według rodzajów [typów] wagonów, w których te dostawy miały być realizowane [w szczególności; szutrówka, szutrówka Flis, Hopper-Dozator, Flls203Vb, 203Cb/Fds].

Przy takim podziale dostaw podsypki tłuczniowej, poszczególne typy wagonów powtarzały się w różnych miejscach dostaw realizowanych dla tego samego Zakładu Linii Kolejowych - w różnych Sekcjach Eksploatacji. Przykładowo, w ramach Zadania Nr 1, w zakresie dostaw realizowanych dla Zakładu Linii Kolejowych w Białymstoku dostawy w wagonach typu szutrówka miały być realizowane w Sekcjach Eksploatacji: [1] w Białymstoku, [2] w Suwałkach, [3] w Hajnówce.

Zamawiający podkreślił, że wymagał, aby odrębnie została określona cena dla każdego z typu wagonu. Powyższe w sposób niebudzący wątpliwości oznaczało, iż dostawy w poszczególnych typach wagonów winny być przez wykonawców szacowane odrębnie od pozostałych typów [tzn. każdy jeden typ winien być szacowany odrębnie od innego typu].

Powyższe w żaden sposób nie przeczy wymaganiu, zgodnie z którym dla danego [jednego] typu wagonu dopuszczalne było podanie tylko jednej ceny. Wymaganie Zamawiającego określone w Rozdziale XVI pkt 1 SIWZ zd. 2 sprowadzało się do tego, aby wykonawcy określając ceny za 1 tonę podsypki tłuczniowej w jednym Zakładzie Linii Kolejowych i jednym [tożsamym] typie wagonu podali tylko jedną [nie różniącą się od siebie, taką samą] cenę. Innymi słowy, wykonawcy byli zobligowani do tego, aby nie różnicować poziomu cen za tonę podsypki tłuczniowej w zależności od tego, w której Sekcji Eksploatacji dostawy miały być realizowane.

Różnić się natomiast mogły [mogły być odrębnie określone] ceny dotyczące dostaw:

- realizowanych dla różnych Zakładów Linii Kolejowych w różnych typach wagonów,
- realizowanych dla różnych Zakładów Linii Kolejowych w tożsamych typach wagonów,
- realizowanych dla jednego Zakładu Linii Kolejowych w różnych typach wagonów.

Jedna cena dla danego typu wagonu jak najbardziej mogła [zgodnie z SIWZ nawet powinna] być szacowana odrębnie od cen szacowanych dla każdego z pozostałych typów. Cena ta zgodnie z wymaganiami Zamawiającego mogła być zatem „jedna” w kategorii danego typu wagonu i jednocześnie „odrębna” wobec kategorii pozostałych typów wagonów dostarczanych w ramach tego samego Zakładu Linii Kolejowych. Zdaniem Zamawiającego, treść zd. 1 i zd. 2 w pkt 1 Rozdziału XVI były i są ze sobą zgodne i wzajemnie się uzupełniające.

Zamawiający wskazał następnie w zakresie merytorycznej niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, że ofertę Odwołującego, przewidującą różne ceny za dostawy podsypki tłuczniowej w tożsamych typach wagonów dla jednego Zakładu Linii Kolejowych, należy ocenić jako niezgodną z postanowieniem Rozdziału XVI pkt 1) zd. 2 SIWZ. Zdaniem Zamawiającego, przyjęcie stanowiska prezentowanego przez Odwołującego prowadziłoby do wniosku, iż podstawę odrzucenia oferty może stanowić tylko taka jej niezgodność z SIWZ, która dotyczyłaby tylko przedmiotu zamówienia i to wyłącznie w aspekcie sposobu jego realizacji albo zakresu świadczenia ofertowego. Z tezą taką zgodzić się nie można - w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Prawo zamówień publicznych każda merytoryczna niezgodność oferty z treścią SIWZ stanowi podstawę odrzucenia tej oferty, zarówno taka niezgodność, która dotyczy przedmiotu zamówienia [opisu przedmiotu zamówienia dokonanego w SIWZ], jak i innych wymagań Zamawiającego odnoszących się do świadczeń umowy w sprawie zamówienia publicznego. Merytoryczny charakter niezgodności oferty ze specyfikacją należy przeciwstawić charakterowi stricte formalnemu. Zamawiający podał, że w doktrynie prawa zamówień publicznych utrwalone zostało stanowisko, zgodnie z którym nie mogą stanowić podstawy odrzucenia oferty wszelkie jej niezgodności ze

specyfikacją istotnych warunków zamówienia, które dotyczą jedynie wymagań o charakterze formalnym [por. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 5. Babiarz, Z Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, Warszawa 2010, s. 420]. Zamawiający nie może zatem odrzucić oferty, która narusza postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnoszące się wyłącznie do formy sporządzenia oferty [w szczególności dotyczących innego sposobu prezentacji wymaganych informacji, posługiwania się wzorami przygotowanymi przez Zamawiającego czy kolejności podania w ofercie wymaganych informacji], a nie wpływające na zakres i treść zobowiązań stron wynikających z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie danej oferty. Jednakże w stanie faktycznym niniejszej sprawy stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ, dotycząca sposobu oszacowania [określenia ceny] dostaw stanowiących przedmiot zamówienia, z całą pewnością nie ma charakteru formalnego, lecz merytoryczny. Dotyczy ona bowiem tak istotnego elementu przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, jakim jest wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy. Tym samym, taka niezgodność ma realny wpływ na zakres świadczenia Zamawiającego, wynikającego z ewentualnego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający podkreślił, że wymaga, że określone w SIWZ wynagrodzenie wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia, wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie ma charakteru ryczałtowego. Zgodnie z postanowieniem Rozdziału III akapit trzeci zd. 4 SIWZ, *„jakkolwiek na potrzeby niniejszego postępowania wartość zamówienia oraz wartość oferty ma zostać kalkulowana w oparciu o sumę cen dostaw w ilościach podstawowych [minimalnych] oraz wartości maksymalnych dostaw opcjonalnych, to wynagrodzenie wypłacone przez Zamawiającego w ramach zamówienia odpowiadać będzie równowartości podsypki tłuczniowej rzeczywiście dostarczonej.*”. Oznacza to, że o rzeczywistej wartości wynagrodzenia wypłaconego wykonawcy na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego decydować miały podane w ofercie ceny jednostkowe oraz zakres dostaw rzeczywiście zrealizowanych. Tym samym, określenie tychże cen jednostkowych przez Odwołującego w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w Rozdziale XVI SIWZ miało istotny wpływ na ostateczną wysokość świadczenia Zamawiającego. Powyższe nakazywało ocenić niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ jako mającą charakter merytoryczny, a w konsekwencji odrzucić tę ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodną z treścią SIWZ. Zamawiający podkreślił, iż żaden z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w ustawowym terminie nie zakwestionował postanowienia Rozdziału XVI pkt 1) SIWZ. Oznacza to, że na obecnym etapie kwestionowanie jego zasadności nie jest już dopuszczalne. Stąd też wywody Odwołującego, dotyczące niecelowości wprowadzania takiego wymagania do treści SIWZ

należy ocenić jako spóźnione i nie mające znaczenia dla oceny zasadności wniesionego odwołania. Brak zakwestionowania zapisu Rozdziału XVI pkt 1) SWZ przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu powoduje, iż obecnie zapis ten wiąże zarówno wykonawców ubiegających się o zamówienie, jak i samego Zamawiającego. W świetle powyższego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jako niezasadny, podlega oddaleniu.

[2] W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. i w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy, Zamawiający podniósł, że Odwołujący oparł ten zarzut o twierdzenie, iż zapisy Rozdziału XVI pkt 1 SIWZ [zd. 1 i 2] są nieprecyzyjne i wewnątrznie sprzeczne, zdaniem Zamawiającego, kwestionowane przez Odwołującego zapisy są całkowicie zrozumiałe i spójne ze sobą. W tych okolicznościach zarzut Odwołującego dotyczący przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wraz z całą przytoczoną na jego poparcie argumentacją należy, zdaniem Zamawiającego ocenić jako niezasadny.

[3] W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający podał, że Odwołujący wskazał, że nawet gdyby uznać jego ofertę za niezgodną z SIWZ, to obowiązkiem Zamawiającego było usunięcie tej niezgodności w drodze zastosowania przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych instytucji poprawienia tzw. innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu, Zamawiający nie był uprawniony do poprawienia w treści oferty Odwołującego omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ. Próba przywrócenia przez Zamawiającego zgodności oferty z SIWZ prowadziłaby bowiem do niedozwolonego ukształtowania treści oferty przez Zamawiającego. Poprawienie rzekomej „omyłki” w treści SIWZ sprowadzałoby się, zdaniem Zamawiającego, do tego, że Zamawiający musiałby samodzielnie określić ceny jednostkowe za dostawy 1 tony podsypki tłuczniowej dostarczanej w poszczególnych typach wagonów w ramach dostaw realizowanych na rzecz każdego Zakładów Linii Kolejowych. Musiałby zatem odgadywać intencję Odwołującego co do tego, jaką cenę miałby on zamiar podać, gdyby oszacował przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. *De facto* Zamawiający musiałby zatem Odwołującego zastąpić w procesie oszacowania cen jednostkowych oferty - samodzielnie opracowując ofertę składaną sobie. Takie rozwiązanie na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych dopuszczalne nie jest. Zamawiający zauważył, że proste matematyczne uśrednienie wszystkich cen nie byłoby możliwe - w każdym Zakładzie Linii Kolejowych dostawy miały być realizowane w wielu różnych typach wagonów kolejowych, a dostawy w ramach poszczególnych typach miały zostać,

zgodnie z Rozdziałem XVI pkt 1 zd. 1 SIWZ, przez wykonawców oszacowane odrębnie. Określenie jednego poziomu średniej takich cen z matematycznego punktu widzenia byłoby zatem niemożliwe [w każdym równaniu matematycznym istniałoby kilka niewiadomych]. Nawet ustalenie jednej ceny dla wszystkich dostaw realizowanych w ramach danego zakładu [w różnych typach wagonów i dla różnych Sekcji Eksploatacji [co byłoby jednak niezgodne z treścią Rozdziału XVI pkt 1) zd. 1 SIWZ] byłoby matematycznie niewykonalne. Ustalenie średniej matematycznej dla poszczególnych zakładów nie daje bowiem wyniku z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku - co uniemożliwia precyzyjne ustalenie ceny 1 tony. Uśrednienie wszystkich cen na jednakowym poziomie byłoby niedopuszczalne również z tego powodu, iż z żadnego fragmentu oferty Odwołującego nie wynika, aby jego zamiarem było zaproponowanie cen jednostkowych na poziomie uśrednionym, czy to w ramach danego Zakładu Linii Kolejowych, czy też w ramach poszczególnych Zadań. Nie może zatem Zamawiający przyjąć, iż taka była wola Odwołującego - brak jest bowiem w ofercie Odwołującego obiektywnych przesłanek w tym zakresie. Aby doprowadzić do zgodności cen sumarycznych z sumą całkowitą Zamawiający musiałby w znacznym zakresie manipulować zarówno cenami jednostkowymi, jak i cenami sumarycznymi przewidzianymi dla dostaw realizowanych do poszczególnych Zakładów Linii Kolejowych, każdorazowo podejmując decyzję co do zasad, jakie przy tej manipulacji przyjąć. Każda decyzja miałaby wpływ na ostateczną wartość wynagrodzenia płatnego Odwołującemu w razie wyboru jego oferty - powodując, że to Zamawiający samodzielnie decydowałby o tym, jaką ostatecznie cenę zapłaciłby Odwołującemu. Takie rozwiązanie jest niedopuszczalne - albowiem kształtowanie ceny ofertowej nie należy do kompetencji Zamawiającego. Wyłączne uprawnienie w tym zakresie ma wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, zaś Zamawiający w tym zakresie ingerować w ofertę nie może. Zamawiający nie posiada przecież wiedzy, w jaki sposób w danym przypadku wykonawca skalkulował poszczególne elementy wynagrodzenia. Poprawiając ceny dowolnie, mógłby dokonać poprawek niezgodnie z przeprowadzonymi przez Odwołującego kalkulacjami na etapie sporządzania oferty - a tym samym postąpiłby wbrew rzeczywistej intencji Odwołującego. W tym zakresie Zamawiający powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w uzasadnieniu wyroku z dnia 30 listopada 2011 r. sygn. akt KIO 2463/11, zgodnie z którym: *„ostatnią, wprost niewyraźną, ale wyprowadzoną z treści pkt 3 ust. 2 art. 87 Ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanką poprawienia oferty jest wiedza zamawiającego, na którym obowiązek poprawiania ofert na mocy ww. przepisu spoczywa, w przedmiocie sposobu w jaki dana ofertę poprawić. Przyjąć należy, iż wiedza tego typu winna wynikać z treści samej oferty [np. porównania sprzeczności w ofercie zawartych, oceny charakteru niezgodności, ustalenia i wykorzystania części prawidłowych danych w ofercie zawartych],*

ewentualnie, jednakże w ograniczonym zakresie, może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych. 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 Ustawy Prawo zamówień publicznych. W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawianie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia czy wypełnienia go dodatkową treścią co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji. W szczególności przy zmianie oferowanego świadczenia zamawiający nie może polegać tylko na oświadczeniu wykonawcy w jaki sposób jego ofertę należy poprawić, a bez dodatkowych, niejako obiektywnych, przesłanek w tym zakresie". Zamawiający podał, że nie mógł zwrócić się o podanie cen jednostkowych przez samego Odwołującego. Ustalenie cen jednostkowych w oparciu o stanowisko Odwołującego stanowiłoby bowiem negocjacje dotyczące ceny oferty, które w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dopuszczalne nie są. Zamawiający podkreślił, iż stwierdzona niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ nie ma charakteru omyłkowego. O omyłkowym charakterze nieścisłości w treści oferty składanej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego można mówić w sytuacji, gdy taka nieścisłość nie jest rezultatem świadomego i celowego działania wykonawcy zmierzającego do ukształtowania oferty w sposób odbiegający od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz wynika z mylnego zrozumienia treści specyfikacji, przeoczenia określonej treści, ominięcia niektórych pozycji w ofercie lub też pospiesznego wypełnienia ich zapisami innymi niż zamierzone. W praktyce wszelkie nieprawidłowości oferty względem specyfikacji istotnych warunków zamówienia [w tym również jej wewnętrzne sprzeczności], są omyłkami wykonawcy i jako takie powinny być traktowane - chyba że sam wykonawca będzie utrzymywał co innego twierdząc, iż treść, zakres czy sposób przygotowania oferty są prawidłowe [no. nie zgodzi się na poprawienie oferty] lub zostanie mu udowodnione świadome i celowe sporządzenie oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego [por. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2011 r. sygn. akt KIO 2463/11]. W stanie faktycznym sprawy z treści odwołania jednoznacznie wynika, iż Odwołujący świadomie podał odrębne dla poszczególnych Sekcji Eksploatacji ceny jednostkowe dla dostaw realizowanych w tych samych typach wagonów i dla tych samych Zakładów Kolejowych. Takie rozwiązanie Odwołujący uważał za pozostające w zgodzie z treścią SIWZ. W tych okolicznościach, zdaniem Zamawiającego, trudno jest przyjąć, aby taki sposób oszacowania oferty został przez Odwołującego dokonany omyłkowo. Stąd oferta Odwołującego nie podlegała poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, a zarzut Odwołującego dotyczący

zaniechania poprawienia omyłki w treści tej oferty jest niezasadny i podlega oddaleniu.

[4] W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy, Zamawiający podniósł, że zarzut dotyczący zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji ma charakter wtórny w stosunku do zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Zamawiającego, skoro zarzuty te nie są zasadne, zarzut dotyczący naruszenia art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych również zasadny nie jest.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie mogło być uwzględnione.

Analiza podniesionych zarzutów wskazuje, że nie zasługują one na uwzględnienie, z następujących powodów:

[1] Osią sporu w przedmiotowym postępowaniu jest interpretacja postanowienia SIWZ, z którego Zamawiający wywodzi wniosek o niezgodności oferty złożonej przez Odwołujących z SIWZ, a także w którym Odwołujący osadził analogiczny zarzut kierowany wobec oferty Przystępującego. Sporne postanowienie rozdziału XVI pkt 1) SIWZ ma następujące brzmienie:

„Wykonawca określi w ramach każdego z zadań, na które składa ofertę, cenę netto za 1 tonę podsypki dla danego Zakładu Linii Kolejowych, oddzielną dla każdego z typu wagonów, wraz z dostawą do miejsca dostawy oraz całkowitą wartość netto i brutto za całą dostawę w złotych polskich, zarówno dla dostaw podstawowych jak i łącznych dostaw [podstawowych +opcjonalnych]. Wartości dostaw opcjonalnych zostały ustalone przez Zamawiającego i Wykonawca nie może zmieniać tych wartości.

UWAGA! „Wykonawca w ramach danego zadania w danym Zakładzie Linii Kolejowych, dla danego typu wagonów, może określić tylko jedną cenę za dostawę 1 tony podsypki tłuczniowej” [pogrubienia tekstu – za tekstem SIWZ].

Obie oferty – Odwołującego i Przystępującego - w tym zakresie wykazują różnice w przyjętej konwencji wskazywania cen jednostkowych za wykonanie zamówienia, obrazujące różną interpretację spornego postanowienia SIWZ:

- w ofercie Odwołującego podane zostały ceny za dostawę jednej tony podsypki różne w odniesieniu do każdego z dwóch zadań, różne także w ramach poszczególnych zakładów i składających się na dany zakład lokalizacji dostaw. Innymi słowy, Odwołujący określał różną cenę za dostawę jednej tony podsypki odpowiednimi typami wagonów dla każdego z zakładów wchodzących w zakres danego zadania; cena ta nie była również jednakowa w zakresie dostawy do różnych lokalizacji składających się na dany zakład. Przykładowo, dostawa jednej tony podsypki w zakresie zadania 1, dla zakładu IŻ Białystok, na który składały się cztery miejsca dostawy, w wagonach typu szutrówka została wyceniona: dla miejsca dostawy Sekcja Eksploatacji w Suwałkach na 133,37 zł netto za tonę, zaś dla miejsca dostawy Sekcja Eksploatacji w Hajnówce na cenę 117,70 zł netto za tonę. W ramach kolejnego zakładu w zadaniu 1, to jest IŻ Kielce, dostawa ta została wyceniona dla Sekcji eksploatacji w Kielcach na 77,95 zł netto za tonę, dla Sekcji eksploatacji w Sędziszowie na 85,60 zł netto. Podobnie w zadaniu 2 dostawa tony podsypki wagonami typu szutrówka była wyceniana w ramach jednego zakładu na różne ceny: w ramach zakładu IŻ Częstochowa: dla Sekcji Eksploatacji Częstochowa i Sekcji Eksploatacji Zawiercie na cenę 102,00 zł netto, natomiast dla Sekcji Eksploatacji Dąbrowa Górnicza – za cenę 106,00 zł.
- W ofercie Przystępującego, ceny za dostawę 1 tony podsypki w ramach jednego zakładu tym samym typem wagonów były jednakowe dla różnych miejsc dostawy, różniły się natomiast na poziomie zadania oraz pomiędzy poszczególnymi zakładami. I tak, cena dostawy jednej tony podsypki dostarczanej ramach zadania 1 dla zakładu IŻ Białystok, w wagonach typu szutrówka została wyceniona dla każdego z czterech miejsc dostawy w ramach tego zakładu na tę samą kwotę, to jest 140 zł netto za tonę. W ramach kolejnego zakładu w zadaniu 1, to jest IŻ Kielce, dostawa ta została wyceniona dla każdego z czterech miejsc dostawy na cenę 87,00 zł. Podobnie w zadaniu 2, dostawa tony podsypki wagonami typu szutrówka była wyceniana w ramach jednego zakładu na tę samą cenę: w ramach zakładu IŻ Częstochowa - dla każdej z pięciu lokalizacji dostawy – na cenę 94 zł netto za tonę.

Dla oceny zasadności zarzutów osadzonych w treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego, jak i postulowanych w odwołaniu podstaw odrzucenia oferty Przystępującego, konieczne jest więc dokonanie analizy treści tego postanowienia i wyczytanie obowiązków jakie w związku z nim ciążyły na wykonawcach.

Biorąc pod uwagę brzmienie spornego postanowienia SIWZ, uznano – po pierwsze - że wyraźnie z niego wynika, że wykonawca obowiązany jest podać jedną [jednolitą, każdorazowo taką samą] cenę netto za dostawę tony podsypki dla danego zakładu. Uznano następnie, że wskazany obowiązek podania jednej ceny za dostawę tony materiału nie odnosi się do zadania [jednego z dwóch wyodrębnionych przez Zamawiającego obszarów terytorialnych, których dotyczy dostawa].

Wniosek taki wynika z dwóch kwestii: z wyboldowanej uwagi do zawartego w Rozdziale XVI pkt 1) SIWZ postanowienia mówiącego o sposobie obliczenia ceny a także z postanowienia zasadniczego, poprzedzającego tę wyboldowaną i szczególnie zasygnalizowaną uwagę.

W rozdziale XVI pkt 1] wskazano bowiem, że w ramach każdego zadania, cenę jednostkową – cenę netto za 1 tonę podsypki – należy określić dla danego zakładu, oddzielną dla każdego z podanych przez Zamawiającego typów wagonów [*„Wykonawca określi w ramach każdego z zadań, na które składa ofertę, cenę netto za 1 tonę podsypki dla danego Zakładu Linii Kolejowych, oddzielną dla każdego z typu wagonów (...)*]. Następnie, w podkreślonej wskazówce, opisanej „UWAGA!”, Zamawiający jednoznacznie przesądził, że obowiązek podania jednej ceny za dostawę tony podsypki dla danego typu wagonów ma być zrealizowany w ramach danego zadania: *„Wykonawca w ramach danego zadania w danym Zakładzie Linii Kolejowych, dla danego typu wagonów [...]”*. Sporny obowiązek nie obejmuje więc zachowania jednakowej ceny dostawy danym typem wagonów dla każdego z dwóch zadań, skoro w tym szczególnie podkreślonym przez Zamawiającego zastrzeżeniu [wyboldowanej uwadze do w Rozdziale XVI pkt 1) SIWZ] wyraźnie podano, że ów obowiązek, dotyczący danego typu wagonów i danego zakładu aktualizuje się w ramach danego zadania. Oznacza to zatem, że nałożony w postępowaniu obowiązek zachowania jednej ceny jednostkowej nie sięga poza ramy danego zadania: w każdym z dwóch postanowień SIWZ – podstawowym postanowieniu Rozdziału XVI pkt 1), jak i wyboldowanym zastrzeżeniu do niego, opatrzonym dopiskiem „UWAGA!”, określony został bowiem zakres tego wymagania. W każdym z dwóch analizowanych zdań składających się na postanowienie nakładające obowiązek podania jednej ceny za dostawę tony podsypki podano, że obowiązek ten wyraża się w ramach danego zadania. Natomiast treścią tego obowiązku – realizowanego w ramach danego zadania – jest podanie jednej ceny za dostawę tony podsypki dla danego zakładu i danego typu wagonów. Nie jest więc tak, jak wywodził Odwołujący, że z analizowanych postanowień, w tym użycia w nich słowa „może”, wynika możliwość a nie obowiązek podania jednej ceny jednostkowej. Przeczy temu wyraźne wskazanie, że wykonawca może podać tylko jedną cenę. Możliwość podania tylko

jednej ceny oznacza tyle, że ramach danego zakładu nie może podać więcej niż jednej ceny za dostawę danym typem wagonów.

Dla odczytania znaczenia wskazanych postanowień nie jest do potrzebne sięganie w teorię języka polskiego i budowy zdania.

Po drugie, nie ma znaczenia jakim celom służyło takie wymaganie i jakie intencje przyświecały w tym zakresie Zamawiającemu – te kwestie dotyczą kształtu SIWZ i na stawianie ewentualnych postulatów co do jej treści obecnie jest za późno. Stąd nie ma jakiegolwiek znaczenia, jaki jest sens i cel tak opisanego wymagania, w tym na ile odnosi się ono do mogących się ujawnić w toku wykonywania umowy dostaw opcjonalnych i miejsc ich realizacji, na czym strony skupiały swoją uwagę na rozprawie. Motywacja, która powodowała wprowadzeniem takich lub innych postanowień SIWZ może być bowiem rozpatrywana na etapie kształtowania SIWZ; rozważana przez pryzmat prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia i właściwego ujęcia w nim potrzeb Zamawiającego, nie zaś gdy mamy do czynienia z etapem oceny ofert, kiedy ocena ta winna sprowadzać się do odczytania postawionych w SIWZ wymagań i porównania zawartych w ofercie oświadczeń z ich treścią. Przedmiotem oceny po złożeniu ofert mogą być bowiem jedynie wyartykułowane w SIWZ wymagania i skonfrontowana z ich brzmieniem zawartość złożonych ofert, a nie okoliczności odnoszące się do sfery motywacyjnej Zamawiającego albo wcześniejsza praktyka w tym zakresie.

Istotne jest zatem na tym etapie, co wynika z treści postanowień SIWZ kreujących określone wymagania wobec wykonawców, nie zaś dlaczego je postawiono w takim kształcie i jakie w związku z brzmieniem analogicznych postanowień było zainteresowanie wykonawców we wcześniejszych postępowaniach.

Po trzecie, argumentacja dotycząca załącznika [formularzy cenowych – załączniki 1a i 1b do SIWZ] nie może mieć znaczenia - jeśli postanowienie kreujące określone wymagania wobec wykonawców zawiera czytelne wytyczne, to załącznik należy traktować nie jako samoistne źródło informacji o sposobie prezentacji ceny, ale przede wszystkim musi być rozpatrywany w kontekście tego postanowienia SIWZ, które mówi o sposobie obliczenia ceny, jakim jest w analizowanym postępowaniu sporne postanowienie rozdziału XVI SIWZ pkt 1). To postanowienie zasadnicze, mówiące o sposobie kalkulacji ceny i jej prezentacji w formularzach ofertowych, które wobec tego mają charakter wtórnych wobec postanowienia SIWZ, które wyraźnie nakazuje podać jednakową cenę dla dostawy jednej tony podsypki w wagonach danego typu w ramach jednej zakładu. Nie sposób przy tym pomijać

okoliczności, że formularze ofertowe, mają, co do zasady służyć ułatwieniu prezentacji przez wykonawcę zaoferowanej ceny i służyć wykonaniu wymagań postawionych przez Zamawiającego w zakresie sposobu obliczenia ceny, zatem trzeba je rozpatrywać przede wszystkim przez pryzmat zasadniczych postanowień SIWZ, mówiących o sposobie obliczenia ceny. Postanowienia SIWZ mówiące o sposobie obliczenia ceny mają więc w tym zakresie zasadnicze znaczenie, wskazują wymagania Zamawiającego w odniesieniu do prezentacji ceny i wszelkie wytyczne, które są w nich zawarte nie mogą być pomijane. W tym zakresie wszelkie formularze cenowe trzeba czytać przez pryzmat postawionych w SIWZ wymagań co do sposobu obliczenia ceny, a nie z kształtu formularza wywodzić, że pewnych wymagań nie było. O ile trafny jest pogląd, że nieprecyzyjne brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wprowadzające w błąd wykonawców należy traktować na korzyść wykonawców – na co powoływał się na rozprawie Odwołujący – to w analizowanym przypadku nie można mówić o takiej sytuacji. Element tej specyfikacji, jakimi są na gruncie analizowanego postępowania formularze cenowe nie kreują samodzielnie obowiązków wykonawców – formularze te nie są samodzielnym źródłem wiedzy o sposobie obliczenia ceny, ale służą do jej zaprezentowania Zamawiającemu, zgodnie z wytycznymi stawianymi we właściwej części SIWZ, to jest jej rozdziale XVI, tytułowanym przecież nie bez powodu *Sposób obliczenia ceny*.

Tym samym, argumentacja Odwołującego, nawiązująca do kształtu formularzy cenowych dla każdego z zadań, które w swej konstrukcji przewidywały podawanie przez wykonawcę kilkakrotnie w ramach danego zakładu ceny za dostawę tony podsypki we wskazanych typach wagonów, mająca wykazać, że powyższe wskazuje na niejednoznaczność i brak precyzji SIWZ, które nie powinny wywoływać negatywnych skutków dla wykonawców, nie zasługuje na uwzględnienie. Można bowiem prowadzić rozważania, jaki kształt formularza jest optymalny dla prezentacji ceny jednostkowej za dostawę podsypki w ramach jednego zakładu danym typem wagonu, w tym w szczególności czy formularz powinien w takim wypadku w ramach jednego zakładu mieć jedno tylko pole do wypełnienia dla celów zaprezentowania ceny za dostawę podsypki, która musiała – z uwagi na sporne wymaganie zawarte w Rozdziale XVI pkt 1] SIWZ – być jednakowa w ramach danego zakładu i rodzaju wagonów, albo czy w takim wypadku, w formularzu nie powinno być dodatkowe pole do podania wspólnych [jednakowych] cen w ramach zakładu dla dostawy danym rodzajem wagonów, a także czy taka – podana tutaj jako przykładowa - konwencja prezentacji ceny będzie bardziej czytelna dla wykonawców czy też przeciwnie - wprowadzi, jak nazwał to Przystępujący, „szum informacyjny” do treści SIWZ. Tego rodzaju rozważania są jednak – po pierwsze - spostrzeżeniami dotyczącymi subiektywnej oceny, jaka konwencja formularza jest wygodniejsza, które każdorazowo znajdują zarówno

przeciwników jak i zwolenników określonych rozwiązań; po drugie - to uwagi co najwyżej na przyszłość, które Zamawiający może wziąć pod uwagę opracowując wzory dokumentów na użytek przyszłych tego rodzaju postępowań lub doskonaląc wypracowane wzorce. W analizowanym postępowaniu tego rodzaju rozważania nie mogły być jednak brane pod uwagę, skoro jego przedmiotem jest ocena, czy Zamawiający prawidłowo zastosował reguły wynikające z opracowanej w definitywnie ukształtowanym postępowaniu i niepodlegającej tym etapom jakiegokolwiek modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Reasumując, na gruncie postanowień SIWZ odczytywanych w sposób wyżej zaprezentowany, prawidłowo Zamawiający ocenił złożoną przez Odwołującego ofertę, która wielokrotnie w ramach jednego zakładu wskazywała na różną cenę za dostawę podsypki danym typem wagonów, za niezgodną z SIWZ, co czyni stawiany w powyższym zakresie zarzut – nieuzasadnionym.

Te same postanowienia SIWZ Odwołujący uczynił podstawą zarzutu stawianego wobec oferty Przystępującego, wskazując że jest ona niezgodna z SIWZ, co miało się odnosić do niezachowania wymagania jednej ceny za dostawę tony podsypki na poziomie zadania. Jak jednak wskazano wyżej, z treści postanowień SIWZ nie wynika obowiązek podania jednakowej ceny za dostawę podsypki danym typem wagonu w ramach różnych zadań. Obowiązek ten został zakreślony w ramach danego zadania, co oznacza, że tylko na poziomie danego: jednego lub drugiego zadania Zamawiający wprowadził nakaz podania jednej [tylko jednej] ceny za dostawę materiału danym typem wagonów w zakresie danego zakładu. Powyższe czyniło stawiany przez Odwołującego zarzut niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ – nieuzasadnionym. Odwołujący nie wykazał także w żaden sposób zastrzeżeń kierowanych do oferty Przystępującego, zgodnie z którymi, ilości podane przez Przystępującego zawierają ilości tonażowe które niemożliwe są do przewiezienia, np. podane jest, że ilość 440 ton zostanie przewieziona 10 wagonami, gdzie w jednym wagonie można załadować nie więcej niż 25 ton.. Formularze cenowe zawierały dane liczbowe i okresy dostaw narzucone przez Zamawiającego [były odzwierciedleniem harmonogramu dostaw], wykonawcy mieli więc tylko podać ceny za dostawy. Stąd i ten zarzut należało uznać za niewykazany.

[2] Nie znalazł także potwierdzenia zarzut wskazujący na zaniechanie poprawienia przez Zamawiającego opisanej wyżej niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Dostrzeżenia w pierwszym rzędzie wymaga, iż poprawienie omyłek pisarskich i rachunkowych oraz niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi obowiązek zamawiającego, który aktualizuje się, ilekroć zajdą okoliczności opisane w dyspozycji powołanego przepisu. Jeśli chodzi o poprawienie niezgodności oferty z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, istotnym jest, czy w wyniku takiej poprawy ma miejsce negocjowanie oferty lub ukształtowanie oświadczenia wykonawcy w sposób na tyle odległy od treści poprawianej oferty, że nastąpi powstanie nowego oświadczenia woli, które w istocie sprowadzi się do wytworzenia nowej oferty, istotnie zmienionej.

Z treści powołanego przepisu wprost wynika zmiana oferty w wyniku dokonania jej poprawy przez zamawiającego, a zatem każdorazowo przy zastosowaniu tej regulacji ma miejsce zmiana uprzednio złożonego oświadczenia woli wykonawcy. Przepis wymaga jednak, by ta poprawa, ingerując każdorazowo w oświadczenie woli wykonawcy składające się na ofertę, nie powodowała istotnych zmian w treści oferty. Chodzi zatem o oddanie intencji wykonawcy, wyrażonych w niedoskonały sposób w treści złożonej oferty, czy wynikających z niedostatecznego odczytania wymagań zamawiającego. Ustawodawca wprowadził mechanizm służący potwierdzeniu tej intencji poprzez możliwość niewyrażenia zgody na dokonaną z zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprawę, której skutkiem jest odrzucenie oferty [art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy]. Powyższe oznacza, że instrument służący poprawie niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia przewidziany w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy ma służyć jak najpełniejszemu, jak najbliższemu rzeczywistej intencji wykonawcy oddaniu jego woli, rekonstrukcji oświadczenia, jakie wykonawca ten złożyłby, gdyby w sposób poprawny jego oferta odpowiadała na wymagania postawione w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Granice czynności Zamawiającego wyznacza przy tym przepis art. 87 ust. 1 ustawy, który dając zamawiającemu podstawę do wyjaśnienia treści złożonej oferty, jednocześnie wprowadza zakaz ingerencji w treść oferty – negocjowania jej treści oraz z zastrzeżeniem wynikających z przepisu art. 87 ust. 1 a i ust. 2 wyjątków – zakaz zmian w treści oferty.

Przez ten pryzmat należy zatem postrzegać sposób dokonywania poprawy z zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W analizowanej sprawie, poprawienie podanych w sposób niezgodny z SIWZ cen w formularzach ofertowych zmuszałoby Zamawiającego do prowadzenia swoistych negocjacji przed dokonaniem poprawek, w celu ustalenia jakie pozycje zamiast błędnie wstawionych należałoby wpisać, co sprzeciwia się treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, zatem nie mogło zostać dokonane. Prowadzenie negocjacji w celu ustalenia treści poprawek, ponadto zaburzyłoby wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający

zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, która to zasada jest naczelną w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dlatego z oczywistych względów jest taka praktyka jest niedopuszczalna [tak: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 stycznia 2010 r., V Ca 1051/10]. Na gruncie treści oferty Odwołującego – składających się na nią formularzy cenowych, Zamawiający nie ma bowiem punktu zaczepienia w treści oferty, do którego miałyby odnosić dokonywane poprawki, jeśli w ofercie w ramach danego zakładu podana została większa ilość cen za dostawę tony podsypki. Zamawiający nie może bowiem odgadywać zamiaru wykonawcy, która z przykładowo trzech cen dla danego zakładu jest tą właściwą dla dokonywanej poprawy: czy przyjąć pierwszą z podanych kilkakrotnie cen, czy też dokonać uśrednienia, czy może według innego algorytmu. Nie można także na gruncie analizowanego stanu faktycznego przyjąć, że takim punktem odniesienia jest konkretny zapis SIWZ, skoro niezgodność oferty z SIWZ w tym wypadku nie ma postaci niezachowania wyraźnie narzuconego wymagania, które ma być przeniesione wprost do oferty, ale dotyczy oświadczenia wytworzonego przez wykonawcę samodzielnie, jakim jest zestaw podawanych w formularzu cen jednostkowych.

Tym samym, poprawienie niezgodności oferty z SIWZ musiałoby się sprowadzać do samodzielnego określenia przez Zamawiającego cen jednostkowych za dostawy 1 tony podsypki tłuczniowej dostarczanej w poszczególnych typach wagonów w ramach dostaw realizowanych na rzecz każdego Zakładów Linii Kolejowych, co jest równoznaczne z określeniem przez Zamawiającego ceny, co jest wyłączną domeną wykonawcy. Przy braku w ofercie takich informacji, które naprowadzałyby Zamawiającego na sposób właściwej poprawy, to jest na to, która z cen jednostkowych byłaby tą referencyjną, Zamawiający w celu dokonania ewentualnej poprawy musiałby sam ukształtować ceny jednostkowe. Co więcej, ponieważ te ceny jednostkowe determinują dalszy ciąg czynności arytmetycznych – składają się na cenę za dostawę na poziomie zakładu, zadania a następnie na cenę całej oferty, dokonanie takiej poprawy w oparciu o jedną z cen podanych przez wykonawcę, albo z zastosowaniem innego, nieokreślonego przecież algorytmu, musiałoby być traktowane jako działanie uznaniowe, a zarazem kształtujące za wykonawcę jego najważniejsze oświadczenie woli, jakim jest podanie ceny za wykonanie zamówienia. Potwierdza to stanowisko zaprezentowane w odwołaniu, zmierzające do wykazania, że Zamawiający może swobodnie dokonać wyboru metody poprawy – zgodnie z tezą Odwołującego, *„Zamawiający wg. własnych potrzeb tj. [cena dla zakładu lub dla zadanie] może wykonać przeliczenia samodzielnie bez udziału wykonawcy z danych zawartych w treści oferty.”* W takich okolicznościach, nie można byłoby próby poprawienia cen jednostkowych traktować jednak inaczej, jak przekroczenie granic stawianych treścią art. 87 ust. 1 ustawy. Zamawiający dla dokonania poprawy, co postuluje Odwołujący, nie mając w samej ofercie źródła wiedzy dla

dokonania takiej poprawy i takiego punktu zaczepienia, który wskazywałby na kierunek i sposób ewentualnej poprawy, musiałby albo uzyskać stanowisko Odwołującego, na jaką cenę jednostkową należy dokonać poprawienia, co byłoby równoznaczne z negocjowaniem oferty oraz jej zmianą, albo stać się rzecznikiem Odwołującego, samodzielnie wytwarzając za niego oświadczenie.

[3] Nie znalazły również potwierdzenia postawione w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 7 ust. i w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy a także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy.

Przepis art. 29 ust. 1 ustawy, mówiący o tym że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, dotyczy opisu przedmiotu zamówienia, co z oczywistych względów wiąże się z kształtowaniem treści SIWZ i fazą przygotowania postępowania. Na obecnym etapie, kiedy mamy do czynienia z etapem oceny złożonych w postępowaniu ofert i wyborem najkorzystniejszej oferty, jakiegokolwiek zarzuty odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia są spóźnione – w myśl art. 182 ust. 2 ustawy, odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 5 lub 10 dni, od dnia zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej, stosownie do tego, czy wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Nie potwierdził się także zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Z opisanych wyżej względów, Zamawiający miał bowiem podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ, podczas gdy takie podstawy nie zachodziły wobec oferty Przystępującego.

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 ustawy, dotyczący zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu jako wtórny wobec wskazywanego braku podstaw do odrzucenia Jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz zaniechania zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, nie zasługiwał na uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1] i 2] *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].

Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Skład orzekający: