

WYROK
z dnia 31 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2014 r. przez wykonawcę – **A..... P....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MULTIKOM” A..... P....., ul. Fabryczna 15, 85-741 Bydgoszcz** w postępowaniu prowadzonym przez **Izbę Skarbową w Warszawie, ul. Alojzego Felińskiego 2B, 01-513 Warszawa**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- kosztami postępowania obciąża wykonawcę – **A..... P....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MULTIKOM” A..... P....., ul. Fabryczna 15, 85-741 Bydgoszcz** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na *Dostawę materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących dla Izby Skarbowej w Warszawie i urzędów skarbowych województwa mazowieckiego*, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Izbę Skarbową w Warszawie (dalej „zamawiający”) wykonawca – A..... P....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM A..... P..... (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.)[dalej „ustawa Pzp”], poprzez odrzucenie oferty odwołującego się, mimo iż nie zachodzi sprzeczność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), której nie dałoby się usunąć w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 2 pkt. 1 lub 3 ustawy Pzp,
2. art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp ,poprzez jego niezastosowanie i niepoprawienie w trybie tego przepisu omyłki polegającej na niepodaniu przez odwołującego takich samych cen jednostkowych netto dla wszystkich jednostek zamawiającego zawartych w kosztorysie cenowym,
3. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie żądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty,
4. art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykonania w całości czynności zawartych w odwołaniu z dnia 20 czerwca 2014 r.,
5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców,
6. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez unieważnienie postępowania.

Odwołujący zażądał:

1. anulowania czynności unieważnienia postępowania,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty wykonawcy odwołującego,
3. poprawienia omyłek w ofercie odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 ustawy Pzp,
4. ponowienia oceny ofert i wybór oferty odwołującego
alternatywnie wykonanie uwzględnionych w całości żądań zawartych w odwołaniu z dnia 20 czerwca 2014 r.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zaś przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie

inne omyłki polegające na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Odwołujący podniósł, że poprawianie omyłek na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dotyczy omyłek nie mających charakteru oczywistego i może dotyczyć różnych elementów złożonej oferty – na podstawie ww. przepisu można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący stwierdził, że dopuszczalne jest dokonanie takich zmian w treści oferty, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego w treść.

Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie KIO za utrwalony uznaje się pogląd, że omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy zamawiający mógł dokonać samodzielnie, bez udziału wykonawcy, z treści oferty powinien jednoznacznie wynikać zatem zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnej z wymogami specyfikacji, a zamawiający na podstawie treści oferty posiada dane niezbędne do dokonania poprawy stwierdzonej omyłki, nie ingerując w sposób istotny w treść oferty.

Odwołujący podniósł, że norma zawarta w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma charakter nieostrej i oceny, jednak w okresie obowiązywania przywołanego przepisu orzecznictwo Izby wypracowało pogląd, zgodnie z którym właściwym punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Sama okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (*essentialia negotii*) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uzasadniającej odstąpienie przez zamawiającego od dokonania poprawy. Dodał, że poprawienie oferty zamawiający jest zobowiązany dokonać w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę. Podkreślił, że tak ukształtowana interpretacja art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp realizuje cel zamierzony przez ustawodawcę – *ratio legis* przywołanego przepisu jest wyłączenie możliwości odrzucenia ofert z powodu błahych uchybień w jej treści.

Odwołujący podniósł nadto, że mnogość danych powoduje, że możliwość popełnienia błędu jest wysoce prawdopodobna – błędy te następują częstokroć z powodu przeoczenia, skutkiem uwarunkowań technicznych programu komputerowego wykorzystywanego przez wykonawcę lub ujęcia wartości jednej pozycji w cenie innej pozycji z nią związanej. Zdaniem odwołującego każda ze wskazanych sytuacji może mieć charakter omyłki, podlegającej

ocenie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Podniósł, że skoro ustawodawca dał w ustawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp możliwość zmiany oferty w jej merytorycznym aspekcie, to tym bardziej uzasadnione jest powołanie się na ten przepis w przypadku usunięcia wewnętrznych sprzeczności tkwiących w ofercie. Stwierdził, że ostatnią, wprost niewyrażoną, ale wyprowadzaną z treści pkt 3 ust. 2 art. 87 ustawy Pzp, przesłanką poprawienia oferty jest wiedza zamawiającego, na którym obowiązek poprawiania ofert na mocy ww. przepisu spoczywa. W ocenie odwołującego 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 Pzp. Podkreślił, że 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 Pzp.

Odwołujący stanął na stanowisku, że nieistotność lub istotność zmiany treści oferty w wyniku dokonania poprawy oceniana powinna być każdorazowo w zakresie danego postępowania i danej oferty, bowiem sam ustawodawca posługując się nieostrym określeniem owych omyłek wskazał na konieczność odniesienia owej czynności do konkretnego stanu faktycznego.

Odwołujący podniósł, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie zawiera ograniczeń co do wnoszenia poprawek w kosztorysie powodujących zmianę wynagrodzenia, z czego wynika, że można dokonywać zmian w treści oferty nie powodujących istotnych zmian – przepisu tego nie można odczytywać jako zakazu dokonywania zmian w zakresie istotnych elementów oferty jakim jest cena.

Odwołujący podał, że zgodnie z opisem obliczania ceny opisanym w części XIV pkt I SIWZ ceny jednostkowe poszczególnego asortymentu muszą być takie same dla wszystkich jednostek. Oceniał, że oferta przez niego złożona w treści załącznika formularza cenowego zawiera omyłki, tj. w 6 spośród 1288 pozycji asortymentowych w formularzu cenowym powstały rozbieżności w cenach jednostkowych tego samego asortymentu:

1. Toner HP Q651IX zaoferowany został w arkuszu 1444 poz. 5 w cenie 509,40 zł netto, natomiast w cenie 479,36 zł netto w arkuszach: IS1401p.6, BKIP1401p.1, 1402p.3, 1406p.11, 1414p.2, 1416p.4, 1418p.3, 1424p.1, 1427p.12, 1429p.5, 1430p.9, 1431p.8, 1433p.9, 1434p.2, 1436p.2, 1440p.5, 1441p.4, 1442p.8, 1446p.8, 1449p.2, 1472p.4;
2. Toner HP Q2672A zaoferowany został w arkuszu 1433 poz. 15 w cenie 411,58 zł netto, natomiast w cenie 321,67 zł netto w arkuszach: BKIP1401p.11, 1405p.8, 1417p.4, 1471p.12;
3. Toner HP CE505X zaoferowany został w arkuszu 1448 poz. 1 w cenie 349,11 zł netto, natomiast w cenie 321,25 zł netto w arkuszach: 1402p.2, 1403p.4, 1404p.4, 1405p.18,

- 1410p.4, 1414p.1, 1417p.19, 1418p.2, 1420p.8, 1421p.10, 1428p.6, 1429p.4, 1430p.12, 1433p.5, 1436p.5, 1439p.17, 1440p.9, 1441p.6, 1442p.21, 1447p.8;
4. Toner HP CE255X zaferowany został w arkuszu 1406 poz. 5 w cenie 467,37 zł netto, natomiast w cenie 440,50 zł netto w arkuszach: 1402p.7, 1404p.5, 1406p.4, 1416p.2, 1417p.14, 1419p.19, 1420p.6, 1428p.7, 1430p.11, 1432p.16, 1433p.1, 1435p.8, 1436p.10, 1439p.19, 1442p.1, 1444p.9, 1447p.9, 1448p.5, 1449p.29;
 5. Toner HP Q6000A zaferowany został w arkuszu 1408 poz. 20 w cenie 438,05 zł netto, natomiast w cenie 173,72 zł netto w arkuszach: 1407p.9, 1426p.16, 1427p.8, 1430p.1, 1442p.17;
 6. Toner Lexmark T650H31E zaferowany został w arkuszu 1446p.18 w cenie 1252,43 zł netto, natomiast w cenie 451,39 zł netto w arkuszach: 1406p.16, 1426p.10.

W ocenie odwołującego ww. rozbieżności są mało istotne i łatwe do poprawienia przez zamawiającego, a co ważniejsze nie powodują istotnej zmiany treści oferty. Uznał, że charakter tych omyłek pozwala na dokonanie przez zamawiającego samodzielnej poprawy, w którą to czynność poprawy nie musi ingerować wykonawca. Dla Odwołujący nie ma wątpliwości, że skoro dla tonera Q651IX w 21 pozycjach została zaferowana taka sama cena – 479,36 zł to w 1 pozycji należy poprawić odmienną cenę w taki sposób, aby spełniała warunek opisany w części XIV pkt I SIWZ. Analogiczna, zdaniem odwołującego, sytuacja pojawia się również dla tonerów Q2672A, CE505X, CE255X, Q6000A, T650H31E.

Odwołujący stanął na stanowisku, że zamawiający miał wszelkie dane potrzebne do skorygowania oferty bez ingerencji wykonawcy, ponieważ wiedział, które pozycje w kosztorysie są błędne i znał ich wartość, co oznacza, że mógł zatem dokonać odpowiedniej korekty formularza cenowego oraz skorygować cenę oferty tak, aby wynikała, zgodnie z częścią XIV pkt I SIWZ.

Odwołujący podniósł, że jeżeli zamawiający miał wątpliwości dotyczące treści złożonej oferty mógł zastosować art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w celu wyjaśnienia treści złożonej, oferty czego nie uczynił.

W ocenie odwołującego nie można sytuacji powyższej wiązać z wystąpieniem w ofercie błędu, który kwalifikuje ofertę do odrzucenia, a jedynie w wystąpieniu innej omyłki, którą przy zastosowaniu reguł wynikających z art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, biorąc pod uwagę wszystkie oświadczenia złożone wraz z ofertą przez wykonawcę i wszystkie dane wynikające z pozostałej treści oferty interpretowane łącznie, można naprawić.

Odwołujący nie ma wątpliwości, że rozbieżności w cenach nie było działaniem zamierzonym i mieszczą się w granicach pojęcia omyłki skoro w 1282 pozycjach ceny są takie same dla danego asortymentu, a przez omyłkę w 6 wpisano inne ceny.

Odwołujący uznał, że powyższe omyłki są wynikiem mnogości pozycji do wyceny. Dodał, że sam zamawiający badając ofertę odwołującego nie zauważył rozbieżności w cenach i dopiero w skutek ponownego badania ofert dopatrzył się lub uzyskał informację od innego wykonawcy o nieprawidłowości w ofercie odwołującego.

Stwierdził, że mając na uwadze złożoność formularza cenowego, a szerzej oferty, które w pozostałym zakresie były prawidłowe, a także stosunek oferowanych cen do ewentualnych uchybień można z całą pewnością powiedzieć, że nie mamy tutaj do czynienia z istotnymi niezgodnościami z treścią SIWZ, które dawałyby podstawę do ich odrzucenia przez zamawiającego, bez zastosowania trybu poprawiania omyłek.

Oświadczył, że po poprawieniu cen oferta odwołującego wynosi 5 723 010,27 zł brutto i jest niższa o 3 766,01 zł tj. 0,07% – odwołujący skomentował, że tak mała różnica nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Podkreślił, że niemniej istotny jest fakt, iż dokonane poprawki nie spowodowały żadnych zmian w rankingu złożonych ofert.

Odnosząc do oferty wykonawcy JM DATA s.c. odwołujący podniósł, że zawiera ona omyłki tego samego typu jak odwołującego jednak z tego powodu nie została odrzucona, co oznacza, iż został naruszony art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazał, że przykładem jest taśma Tally 060097, która została zaoferowana w różnych cenach. Odwołujący stanął na stanowisku, że skoro zamawiający uznał, że różne ceny w ofercie wykonawcy na ten sam asortyment nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty JM DATA s.c., to powinien w ten sam sposób ocenić ofertę odwołującego.

Odwołujący podniósł nadto, że omyłki powstałe w złożonej przez niego ofercie można alternatywnie poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp, gdyż powstały one w wyniku przepisywania do formularza cenowego cen jednostkowych. Podał, że zgodnie z orzecznictwem oczywistą omyłką pisarską jest omyłka widoczna, niezamierzona niedokładność, błędy logiczne, pisarskie lub mające postać innej niedokładności przypadkowej, za oczywistą omyłkę pisarską uznaje się również omyłkę, która nie jest widoczna w treści samego formularza ofertowego, jest jednak omyłką wynikającą z porównania treści pozostałych dokumentów, stanowiących zawartość treści oferty.

Odnosząc do naruszenia przez zamawiającego art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez niewykonanie czynności zawartych w odwołaniu z dnia 20 czerwca 2014 r. odwołujący podniósł, że zgodnie z literalnym brzmieniem powołanego przepisu – uwzględnienie odwołania w całości zobowiązuje do dokonania przez zamawiającego czynności zgodnie z żądaniem odwołującego się, tj. wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, odpowiedzi zamawiającego na odwołanie – pismo z dnia 30 lipca 2014 r., a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności i zaniechań zamawiającego.

Na podstawie *Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (Druk ZP-PN)* oraz *Zawiadomienia o wynikach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 9 czerwca 2014 r.* skład orzekający Izby ustalił, że w postępowaniu tym oferty złożyło 7 wykonawców. Oferty 6 wykonawców zostały odrzucone, a wykonawcy ci decyzji zamawiającego nie zakwestionowali, tracąc tym samym status wykonawców w tym postępowaniu. Zarzuty odwołania zmierzają do nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz odrzucenia oferty odwołującego, co oznacza, że uwzględnienie odwołania dałoby odwołującemu szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Izba dopuściła następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego:

1. *Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (Druk ZP-PN).*
2. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (w tym wzór umowy) wraz z modyfikacjami.
3. Oferta odwołującego.
4. *Zawiadomienie o wynikach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 9 czerwca 2014 r.*
5. *Odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM A..... P..... z dnia 20 czerwca 2014 r.*
6. *Pismo zamawiającego z dnia 30 czerwca 2014 r. – uwzględnienie w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu z dnia 20 czerwca 2014 r.*
7. *Postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 czerwca 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1278/14 (umorzenie postępowania odwoławczego).*
8. *Zawiadomienie o czynnościach unieważnionych z dnia 9 lipca 2014 r.*
9. *Wniosek odwołującego z dnia 15 lipca 2014 r. skierowany do zamawiającego dotyczący*

wskazania, „jaki asortyment został zaproponowany w różnych cenach”.

10. Odpowiedź zamawiającego z dnia 16 lipca 2014 r. na ww. wniosek.

Zarzuty:

- odrzućenia oferty odwołującego się, mimo iż nie zachodzi sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ, której nie dałoby się usunąć w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 ustawy Pzp, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp,
- zaniechania zastosowania art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp i niepoprawienia w trybie tego przepisu omyłki polegającej na niepodaniu przez odwołującego takich samych cen jednostkowych netto dla wszystkich jednostek zamawiającego zawartych w kosztorysie cenowym nie zasługuje na uwzględnienie.

nie zasługują na uwzględnienie.

Bezsporny między stronami był fakt wystąpienia w treści oferty odwołującego rozbieżności, polegających na zaoferowaniu w przypadku 6 rodzajów tonerów (tonery: Q6511X, HP Q2672A, CE505X, CE255X, Q6000A, T650H31E) różnych cen, przypisanych do asortymentu dla jednostek zamawiającego, co było sprzeczne z postanowieniem SIWZ, iż „Zaoferowane jednostkowe ceny netto poszczególnego asortymentu muszą być takie same dla wszystkich Jednostek” (XIV pkt 1 SIWZ).

Odwołujący utrzymywał, że rozbieżność ta jest wynikiem omyłki podlegającej poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp obliguje zamawiającego do poprawienia niezgodności treści z treścią SIWZ, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności:

- stwierdzona przez zamawiającego niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma charakter omyłki,
- poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Przypomnienia także wymaga, że art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma charakter wyjątku od wyrażonej w art. 82 ust. 3 ustawy Pzp zasady, iż treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Dostrzeżenia nadto wymaga, iż ze względu na użycie w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zwrotu niedookreślonego stosowanie tej regulacji winno charakteryzować się daleko posuniętą ostrożnością.

W ocenie składu orzekającego Izby stwierdzonej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznej sprzeczności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ nie można przypisać charakteru omyłki (o czym dalej),

co bezcelowym czyni rozważania co do istotności ewentualnych zmian treści oferty odwołującego.

W odwołaniu odwołujący zaprezentował szeroko, oparte na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych, swoje stanowisko co do dopuszczalności dokonywania poprawek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w ogólności, jednak wbrew swojemu stanowisku (dopuszczalne jest dokonywanie poprawek, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego) odwołujący nie wykazał, z jakich to okoliczności wynikać miał zamiar złożenia przez niego w przedmiotowym postępowaniu oferty zgodnej z wymaganiami zamawiającego. W ocenie składu orzekającego Izby okolicznością taką nie może być jedynie fakt złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu – takie podejście stanowiłoby „usprawiedliwienie” dla każdej sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ w każdym postępowaniu.

Odwołujący prezentował argumentację, skupiając się na próbie wykazania, że rozbieżności są mało istotne i łatwe do samodzielnego poprawienia przez zamawiającego, a nadto nie powodują istotnej zmiany treści oferty, nie wskazując jednakże tych okoliczności, które pozwalałaby na uznanie, że sprzeczności mają charakter omyłki – nie wykazując (jak sam podnosił w uzasadnieniu odwołania), że z treści jego oferty wynika zamiar złożenia przez niego oferty zgodnej z wymogami SIWZ.

W odwołaniu odwołujący stwierdził jedynie: „Nie ulega wątpliwości, że rozbieżności w cenach nie były działaniem zamierzonym i mieszczą się w granicach omyłki skoro w 1282 pozycjach ceny są takie same dla danego asortymentu, a przez omyłkę w 6 wpisano inne ceny. Powyższe omyłki są wynikiem mnogości pozycji do wyceny”.

Podnieść należy, że odwołujący – próbując, jak się wydaje, zminimalizować skalę rozbieżności – błędnie przyrównał ogólną liczbę pozycji asortymentowych (1282) do liczby asortymentu, którego rozbieżności dotyczą (6). W istocie bowiem, co wynika z treści samego odwołania, pozycji, w przypadku których sprzeczność wystąpiła jest łącznie 77 (22+5+21+20+6+3) i jest to ustalenie, które wątpliwym czyni twierdzenie o omyłkowym charakterze sprzeczności – taka wielość pozycji błędnych winna być przez profesjonalistę dostrzeżona.

Odwołujący nie wskazał żadnych argumentów, które pozwoliłyby uznać, że zaoferowanie różnych cen dla tonerów tego samego rodzaju nie było zgodne z jego zamiarem, a w szczególności nie było związane z koniecznością uwzględnienia kosztów transportu do poszczególnych jednostek zamawiającego rozlokowanych na terenie całego województwa mazowieckiego (zgodnie z § 2 ust. 3 lit. a wzoru umowy: „Wykonawca dostarczy przedmiot umowy (...) do miejsc wskazanych przez upoważnionych przedstawicieli”), będącego konsekwencją niedostrzeżenia na etapie przygotowywania oferty

ujętego w jednym zdaniu – ale istotnego żądania zamawiającego zawartego w rozdziale XIV pkt 1 SIWZ.

Nie można zatem przyjąć, że w przypadku poprawy oferty odwołującego nie doszłoby do zniekształcenia jego woli w zakresie ceny.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania przez zamawiającego poprawy oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołujący stwierdził jedynie, że „omyłki powstałe w złożonej przez Odwołującego ofercie można alternatywnie poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż powstały one w wyniku przepisywania do formularza cenowego cen jednostkowych”. Zaprezentowany przez odwołującego wniosek (omyłki powstały w wyniku przepisywania do formularza cenowego cen jednostkowych) wysnuty na podstawie nieujawnionych przez odwołującego okoliczności nie może stanowić wystarczającej podstawy do uznania zasadności zarzutu.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że zamawiający nie mógł dokonać poprawienia treści oferty odwołującego, nie naruszając przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, ponieważ w tym przypadku nie można traktować błędu odwołującego jako oczywistej omyłki (art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp) albo „innej omyłki” (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Tym samym zamawiający, nie mogąc dokonać poprawy, był zobligowany do odrzucenia oferty odwołującego.

Z tych względów zarzuty nie zostały uwzględnione.

Zarzut zaniechania żądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, czym zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Swoją argumentację odnoszącą się do tego zarzutu odwołujący zaprezentował w zdaniu: „jeżeli Zamawiający miał wątpliwości dotyczące treści złożonej oferty mógł zastosować art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w celu wyjaśnienia treści złożonej oferty czego nie uczynił”.

Powyższe nie dało składowi orzekającemu Izby jakichkolwiek podstaw, aby w ramach kontradyktoryjnego postępowania, jakie toczy się przed Izbą, uznać zasadność postawionego zarzutu. Odwołujący nie wskazał, zakładając, że w ogóle chodzi o wyjaśnienia w zakresie dostrzeżonych przez zamawiającego rozbieżności cen, dlaczego miałyby to wywołać u zamawiającego wątpliwości, dla wyjaśnienia których zamawiający miałby sięgnąć po prawo żądania wyjaśnień. Odwołujący nie wskazał też przydatności

złożonych ewentualnie wyjaśnień dla oceny przez zamawiającego faktu wystąpienia omyłki, a sam odwołujący w uzasadnieniu odwołania podnosił, że to z treści oferty powinien jednoznacznie wynikać zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnej z wymogami zamawiającego.

Z tych względów zarzut nie został uwzględniony.

Zarzut zaniechania wykonania w całości czynności (zadań) zawartych w odwołaniu z dnia 20 czerwca 2014 r., czym zamawiający naruszył przepis art. 186 ust. 2 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp uwzględnienie dotyczy zarzutów, a nie żądań odwołania. Przyjąć zatem należy, że uwzględnienie nie może być rozpatrywane wyłącznie w odniesieniu do obowiązku wykonania żądań odwołania w oderwaniu od uzasadniających te żądania zarzutów.

Poprzez odwołanie, chroniąc swój interes w uzyskaniu zamówienia, wykonawca ma prawo doprowadzić do unieważnienia niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego. Zarzutom postawionym w odwołaniu winny odpowiadać adekwatne, skorelowane z tymi zarzutami żądania, co oznacza, że żądanie te nie mogą służyć celom innym niż „przywrócenie stanu zgodnego z prawem”. O ile żądania wykraczają poza wskazane ramy lub wręcz są to żądania, którym zadośćuczynienie miałyby prowadzić do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, to żądania takie nie mogą być wykonane.

Odwołanie z dnia 20 czerwca 2014 r. złożone zostało przez odwołującego wobec wykluczenia odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu i, jak wynika z akt przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oferta odwołującego nie była wówczas (ze względu na wykluczenie odwołującego) poddawana „merytorycznemu” badaniu i ocenie. Stąd sformułowane w odwołaniu z dnia 20 czerwca 2014 r. żądanie wyboru oferty odwołującego nie było adekwatne do postawionego zarzutu – niezasadnego wykluczenia (żądanie adekwatne: nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego oraz nakazanie zamawiającemu ponowienia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego), a wykonanie tego żądania przez zamawiającego mogłoby i, co wynika z rozstrzygnięcia obecnie złożonego przez odwołującego odwołania z dnia 18 lipca 2014 r., prowadziłoby do wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Z tych względów zarzut nie został uwzględniony.

Zarzut nierównego traktowania wykonawców, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podał, że oferta wykonawcy JM DATA s.c. posiada omyłki tego samego typu jak oferta odwołującego, a mimo to nie została z tego powodu odrzucona. Jako przykład wskazał taśmę Tally 060097.

Pomijając nawet fakt, że odwołujący wskazał jedynie asortyment, którego dostrzeżona przez niego w ofercie konkurenta niezgodność dotyczy (odwołujący nie sprecyzował, o jaką pozycję/pozycje i w którym/których zestawieniu/zestawieniach tabelarycznych dedykowanych poszczególnym jednostkom to dotyczy), skład orzekający Izby wskazuje, że odwołujący nawet nie twierdził, że zamawiający w ogóle dokonał czynności oceny oferty wskazanego wykonawcy pod kątem wymogu zawartego w rozdziale XIV pkt 1 SIWZ.

Tymczasem, jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Zawiadomienie z dnia 9 czerwca 2014 r. o unieważnieniu postępowania oraz w szczególności o odrzuceniu oferty wykonawcy JM Data s.c. Ż..... J....., R..... M.....) oferta tego wykonawcy została odrzucona w następstwie nieuzupełnienia tzw. dokumentu przedmiotowego na wezwanie zamawiającego skierowanego do tego wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co przemawia za uznaniem, wobec eliminacji oferty tego wykonawcy na wcześniejszym etapie, że dalsza ocena tej oferty – jako zbędna – nie została przez zamawiającego dokonana.

Podnieść w tym miejscu należy, że odwołanie przysługuje wykonawcy wobec czynności zamawiającego niezgodnej z przepisami ustawy Pzp lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp zamawiającego (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp).

Skoro zamawiający w ogóle nie wykonał czynności [i nie był do jej wykonania zobligowany – badanie „merytoryczne” oferty wykonawcy wykluczonego jest zbędne (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp)] to nie sposób uznać jej niezgodność z ustawą.

Trafnie także podniósł zamawiający na rozprawie, że wobec istnienia innej podstawy odrzucenia oferty JM Data s.c. niż ewentualne rozbieżności cenowe w ofercie tego wykonawcy, to fakt ich nie wskazania nie ma wpływu na wynik postępowania, ponieważ oferta ta i tak winna zostać (i została) odrzucona.

Z tych względów zarzut nie został uwzględniony.

Zarzut unieważnienia postępowania, czym zamawiający naruszył przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący w istocie nie postawił zarzutu, ponieważ wskazanie jedynie podstawy prawnej rzekomego naruszenia (jak uczynił to odwołujący), którego miał dopuścić się zamawiający nie tworzy zarzutu.

Z tych względów „zarzut” nie został uwzględniony.

Wobec faktu, że żaden z zarzutów odwołania nie zasługuje na uwzględnienie skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a 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).

Przewodniczący: