

Sygn. akt: KIO 26/17

WYROK
z dnia 18 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2017 r. przez Z.Z., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „A.Z.Z.Z.”, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Miasto Białystok - Zarząd Mienia Komunalnego w Białymstoku,

przy udziale K.H., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „E.I.K.H.”, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Z.Z., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „A.Z.Z.Z.” i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Z.Z., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „A.Z.Z.Z.” tytułem wpisu od odwołania,

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

Sygn. akt: KIO 26/17

UZASADNIENIE

Zamawiający, Miasto Białystok - Zarząd Mienia Komunalnego w Białymstoku, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego p.n. „Opracowanie koncepcji i dokumentacji projektowej wielobranżowej wraz z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu na nieruchomości położonej w Białymstoku przy ul. gen. J. Bema, na części działki o nr geod. gr. 220/66, 220/5 i części działki o nr geod. 220/64 w obrębie 8-Bema - II etap inwestycji pod nazwą: Budowa osiedla mieszkalnego pomiędzy ulicami gen. J Bema i Wojsk Ochrony Pogranicza”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE nr 2016/S 196-354289 z dnia 11 października 2016 r.

W dniu 23.12.2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wyniku.

W dniu 02.01.2017 r. Z.Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „A.Z.Z.Z.” wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem wyniku postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne poprawienie omyłki pisarskiej w ofercie K.H., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „E.I.K.H.”, tj. w formularzu ofertowym na stronie nr 2 w kryterium skrócenie terminu realizacji zamówienia wykonawca zobowiązał się (zgodnie ze złożoną ofertą) do skrócenia terminu realizacji zamówienia o 225 dni, natomiast

Zamawiający poprawił w ofercie powyższy zapis, uznając to za omyłkę pisarską na: Wykonawca oświadcza, że skraca termin realizacji zamówienia o 30 dni.

2

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy E.I.K.H., ze względu na to, że jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pomimo, że wykonawca, zaoferował skrócenie terminu realizacji o więcej niż 30 dni, co jest sprzeczne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i taka oferta powinna być odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ.
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej i dokonanie wyboru oferty Wykonawcy E.I.K.H. jako oferty najkorzystniejszej,
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia Wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy;

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę E.I.K.H., jako najkorzystniejszej oferty;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

I. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne poprawienie omyłki pisarskiej w ofercie Wykonawcy E.I.K.H..

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zgodnie z zapisami zawartymi, w Rozdziale XIX pkt 1 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej SIWZ wymagał następująco: „Maksymalna liczba dni o jaką Wykonawca może skrócić termin realizacji zamówienia to 30 dni liczonych od terminu podanego w rozdz. X SIWZ określającym termin realizacji zamówienia, tj. 255 dni od dnia podpisania umowy (termin będzie policzony w następujący sposób: 255 dni od dnia podpisania umowy minus ilość dni wskazanych przez wykonawcę w ofercie). Oferty wykonawców, którzy zaoferują skrócenie terminu realizacji o więcej niż 30 dni zostaną odrzucone jako niezgodne z treścią SIWZ.”

3

Powyższe jednoznacznie potwierdza fakt, że wymaganie Zamawiającego wskazywało, że wykonawca w ofercie ma wskazać ilość dni o jaką skraca termin realizacji zamówienia przy założeniu, że maksymalna liczbę dni o jaką Wykonawca mógł skrócić termin realizacji zamówienia to 30 dni oraz konsekwencje zaoferowania skrócenia realizacji o więcej niż 30 dni czyli odrzucenie takiej oferty jako niezgodnej z SIWZ.

Wykonawca E.I.K.H., zgodnie z oświadczeniem podanym w ofercie w kryterium - skrócenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia, oświadczył, że skraca termin realizacji zamówienia o 225 dni. Zamawiający pismem z dnia 02.12.2016 r. zawiadomił Wykonawcę E.I.K.H., że poprawił oświadczenie Wykonawcy E.I.K.H. złożone w ofercie, w kryterium skrócenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia jako omyłkę pisarską na:
- skrócenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia, Wykonawca oświadcza, że skraca termin realizacji zamówienia o 30 dni.

Maksymalna liczba dni o jaką Wykonawca może skrócić termin realizacji zamówienia to 30 dni liczonych od terminu podanego w rozdz. X SIWZ określającym termin realizacji zamówienia, tj. 255 dni od dnia podpisania umowy (termin będzie policzony w następujący sposób: 30 dni od dnia podpisania umowy minus ilość dni wskazanych przez wykonawcę w ofercie).

Dodatkowo należy podnieść, iż w treści pisma z dnia 02.12.2016 r. widnieje zapis: (...) (termin będzie policzony w następujący sposób: 30 dni od dnia podpisania umowy minus ilość dni wskazanych przez wykonawcę w ofercie) natomiast w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 23.12.2016 r. w miejscu, gdzie Zamawiający informuje o poprawieniu omyłki pisarskiej i o piśmie z dnia 02.12.2016 r. widnieje zapis: (...) (...) (termin będzie policzony w następujący sposób: 255 dni od dnia podpisania umowy minus ilość dni wskazanych przez wykonawcę w ofercie).

Jednocześnie Zamawiający wskazał, jako podstawę prawną art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp stwierdzając, że wykonawca popełnił oczywistą omyłkę pisarską polegającą na tym, że w formularzu ofertowym na stronie nr 2 w kryterium skrócenie terminu realizacji zamówienia został omyłkowo wpisany przez wykonawcę termin wykonania dokumentacji, tj. 225 dni (już po skróceniu), zamiast termin skrócenia.

Oświadczenie Wykonawcy E.I.K.H. podane w ofercie, w kryterium - skrócenie terminu realizacji zamówienia, gdzie Wykonawca zobowiązał się do skrócenia terminu realizacji zamówienia o 225 dni nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego w SIWZ Rozdziale XIX pkt 1, o treści „Maksymalna liczba dni o jaką Wykonawca może skrócić termin realizacji zamówienia to 30 dni”.

4

Zamawiający określił w SIWZ Rozdziale XIX pkt 1, że oferty wykonawców, którzy zaoferują skrócenie terminu realizacji o więcej niż 30 dni zostaną odrzucone jako niezgodne z treścią SIWZ.

Z powyższego wynika, że Zamawiający dokonał zmiany, która wpłynęła na zmianę treści oświadczenia woli Wykonawcy E.I.K.H. i zmieniła treść zawartą w ofercie.

Wszystkie omyłki, które zostają poprawione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 muszą charakteryzować się oczywistością ich wystąpienia tj. łatwością ich dostrzeżenia oraz brakiem wątpliwości w jaki sposób powinny zostać poprawione. Jeśli zatem wiedza, logika oraz okoliczności wskazują na więcej niż jeden sposób poprawienia omyłki, wówczas o jej oczywistości nie może być mowy. Zgodnie z orzecznictwem KIO za oczywistą omyłkę pisarską uważa się niewłaściwe użycie wyrazu, błąd w zakresie stosowania zasad gramatyki, opuszczenie litery lub nawet całego słowa, jeżeli z treści całego tekstu to wynika, przekręcenie wyrazu, błąd logiczny oraz inne, które wynikają z treści innych dokumentów stanowiących załączniki do oferty tj. stanowiących treść oferty. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 17 czerwca 2014r., o sygnaturze KIO 1138 /14 oczywistą omyłką pisarską, a więc zapisem podlegającym poprawieniu jest taka omyłka, co do której nie zachodzą żadne wątpliwości, iż błędny zapis jest wynikiem przeoczenia lub niewłaściwego doboru słów. W myśl wyroku KIO z dnia 9 maja 2014r., o sygnaturze KIO 841/14 oczywistą omyłką pisarską, a więc zapisem podlegającym poprawieniu jest, taka omyłka, co do której nie zachodzą żadne wątpliwości, iż błędny zapis jest wynikiem przeoczenia lub niewłaściwego doboru słów. Za poprawienie omyłki pisarskiej nie może być uznane wprowadzenie jakiegokolwiek zmiany, która wpłynie na zmianę treści oświadczenia woli. Możliwość poprawy drobnych błędów nie ma charakteru nieograniczonego. Omyłka musi być jasna, oczywista, nie budząca jakichkolwiek wątpliwości, a ponadto musi wynikać z danych zawartych w samej ofercie bez jej uzupełniania oraz zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 30 kwietnia 2014r., o sygnaturze 770/14 możliwość poprawienia oczywistej omyłki może dotyczyć wyłącznie takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a "oczywistość" omyłki rozumianej, jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, czy też ustaleń. Taka omyłka musi mieć charakter zwykłego przypadkowego przeoczenia lub innej zwykłej przypadkowej niedokładności, która dla każdego jest oczywista. Oczywista omyłka pisarska musi mieć charakter proceduralno-techniczny, a nie merytoryczny i jej poprawienie nie może w konsekwencji prowadzić pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 17 stycznia 2008 r., KIO/UZP 77/07 oczywista omyłka jest pewnym rodzajem niedokładności, przypadkowym przeoczeniem czy też oczywistym błędem pisarskim, który polega na mylnym użyciu wyrazu, jego pisowni albo też opuszczeniu jakiegoś wyrazu".

5

Oczywista omyłka pisarska polega w szczególności na niezamierzonym przekręceniu, opuszczeniu wyrazu, błędzie logicznym, pisarskim lub mającym postać innej niedokładności przypadkowej. Oczywista omyłka pisarska powinna być możliwa do poprawienia bez odwoływania się do innych dokumentów. W zakresie tego pojęcia mieszczą się zatem tylko takiego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej dogłębnej analizy. Oznacza to, że ich poprawienie nie wywołuje zmiany merytorycznej treści oświadczenia woli wykonawcy. Oczywista omyłka pisarska jest wynikiem przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego. Poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli. (KIO 404/11).

Oczywistą omyłką pisarską, zdaniem Sądu Okręgowego w Gdańsku, wyrażonym w wyroku z 27 czerwca 2008 r., sygn. akt XII Ga 206/08, jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu czy inny błąd wynikający z przeoczenia, a nie spowodowany uchybieniem merytorycznym.. Istotne jest jak orzekła KIO w wyroku z 10 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 265/08, żeby w wyniku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniła się treść oferty.

Powyższe potwierdza dokonanie przez Zamawiającego niedopuszczalnej zmiany treści oferty, niemieszczącej się w normie z art. 87 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp.

II. Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy E.I.

K.H., ze względu na to, że jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pomimo, że Wykonawca, zaoferował skrócenie terminu realizacji o więcej niż 30 dni, a taka oferta powinna być odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ.

Zgodnie z postanowieniem określonym w Rozdziale XIX pkt 1 SIWZ Zamawiający wskazał, że oferty wykonawców, którzy zaoferują skrócenie terminu realizacji o więcej niż 30 dni zostaną odrzucone jako niezgodne z treścią SIWZ.

Wykonawca E.I.K.H. w formularzu ofertowym na stronie nr 2 w kryterium skrócenie terminu zamówienia oświadczył, że skraca termin realizacji zamówienia o 225 dni, co oznacza że Wykonawca E.I.K.H. zaoferował skrócenie terminu realizacji o więcej niż 30 dni. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że oferta Wykonawcy E.I.K.H. powinna być odrzucona, ze względu na to, że jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jest sprzeczna z treścią SIWZ w odniesieniu do wymagań określonych w Rozdziale XIX pkt 1 SIWZ.

6

III. Zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej i dokonanie wyboru oferty wykonawcy E.I.K.H., jako oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W niniejszej sprawie Zamawiający wskazał w Rozdziale XIX pkt 1 SIWZ w kryterium - skrócenie terminu realizacji zamówienia „Maksymalna liczba dni o jaką Wykonawca może skrócić termin realizacji zamówienia to 30 dni liczonych od terminu podanego w rozdz. X SIWZ określającym termin realizacji zamówienia, tj. 255 dni od dnia podpisania umowy (termin będzie policzony w następujący sposób: 255 dni od dnia podpisania umowy minus ilość dni wskazanych przez wykonawcę w ofercie). Oferty wykonawców, którzy zaoferują skrócenie terminu realizacji o więcej niż 30 dni zostaną odrzucone jako niezgodne z treścią SIWZ.” Ponieważ jak to zostało wskazane powyżej Wykonawca E.I.K.H. zaoferował skrócenie terminu realizacji o 225 dni jego oferta winna być odrzucona, a po odrzuceniu oferty E.I. K.H. oferta Odwołującego będzie najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w niniejszym postępowaniu i Zamawiający jako najkorzystniejszą powinien wybrać ofertę Odwołującego.

Odwołujący odnosząc się do powyższych twierdzeń przedstawia co następuje:

Odwołujący podnosi, że Zamawiający błędnie, niezgodnie z prawem i w sposób nieuprawniony dokonał poprawy omyłki pisarskiej w ofercie Wykonawcy E.I.K.H..

Jednocześnie należy zaznaczyć, że wymaganie Zamawiającego w Rozdziale XIX pkt 1 SIWZ

w kryterium - skrócenie terminu realizacji zamówienia było określone w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Zamawiający swoje czynności oparł na błędnym uznaniu, że Wykonawca E.I.K.H. w formularzu ofertowym na stronie nr 2 w kryterium skrócenie terminu realizacji zamówienia omyłkowo wpisał termin wykonania dokumentacji, tj. 225 dni (już po skróceniu), zamiast termin skrócenia. Powyższe potwierdza fakt, błędnego i nieuprawnionego ustalania przez Zamawiającego intencji wykonawcy jako omyłki pisarskiej. Intencja wykonawcy domniemywana przez Zamawiającego nie może rozstrzygać o oświadczeniu woli złożonym w ofercie. Za niedopuszczalną zmianę, niemieszczącą się w normie z art. 87 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp należy uznać, co do zasady niczym nieuzasadnioną zmianę oświadczenia złożonego przez Wykonawcę w ofercie na inne oświadczenie. Niezrozumiałym i nieuzasadnionym dla Odwołującego jest fakt, dlaczego Zamawiający w sytuacji gdy nie zachodziły żadne wątpliwości, iż dany zapis nie jest wynikiem przeoczenia lub oczywistym, jednoznacznym błędem pisarskim widocznym na pierwszy rzut oka, doprowadził do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli Wykonawcy E.I.K.H..

7

Biorąc pod uwagę wyżej przedstawiony stan faktyczny należy stwierdzić, że zarzut Odwołującego dotyczący nieuprawnionego poprawienia omyłki pisarskiej jest zasadny i znajduje potwierdzenie w stanie faktycznym.

Dlatego też za niezasadne należy uznać poprawienie omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z powodu tego, że Zamawiający wybrał termin dogodny dla Wykonawcy i pozwalający na wybór jego oferty, które to działanie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy został zreferowany zgodnie z rzeczywistością w treści odwołania, która została zacytowana powyżej.

Podano tam zarówno treść wymagań SIWZ dotyczących skrócenia terminu realizacji zamówienia, treść oferty wybranej oraz sposób poprawienia tej treści przez Zamawiającego.

W oparciu o powyższe Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z

8

ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczona ofertowego, a więc wymagania,

co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie oraz podania wszystkich wymaganych informacji z nim związanych (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego). Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożności wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Powołany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie omyłki (inne niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Natomiast według przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie.

Ponadto zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W rozpatrywanym przypadku żadnych wątpliwości nie może budzić wystąpienie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Po pierwsze w formularzu ofertowym wymagano podania ilości dni, o które wykonawca oferuje skrócenie realizacji przedmiotu zamówienia i ustanawiano maksymalną długość tego skrócenia na 30 dni. Natomiast wybrany Wykonawca podał w tym miejscu 225 dni.

9

Należy przyznać rację Odwołującemu, iż wpisanie 225 dni zamiast 30 dni w ofercie nie sposób uznać za oczywistą omyłkę pisarską, w rozumieniu definiowanym przez orzecznictwo powoływane w odwołaniu. Tym samym poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy było w tym przypadku nieuprawnione.

Jednakże w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 oraz sformułowanym w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zastrzeżeniem poprawiania oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 przed jej odrzuceniem, konieczne stało się rozważenie, czy dokonane przez Zamawiającego poprawienie oferty, na które wybrany Wykonawca wyraził uprzednio zgodę, nie wypełnia przesłanek ww. przepisu.

Oceniając powyższe Izba uznała, iż zastosowanie dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 jest w tym przypadku jak najbardziej możliwe, a tym samym obligatoryjne.

Omyłka w ofercie polegająca na niezgodności tej oferty z SIWZ, może powstać zarówno przez niedbalstwo czy lekkomyślność przy sporządzaniu oferty, jak też być wynikiem niezrozumienia lub przeoczenia wymagań SIWZ, co do opisu przedmiotu zamówienia czy sposobu sporządzenia oferty. Ponadto charakter omyłki oraz charakter i zakres dokonywanego poprawienia danej omyłki (zmiany w treści oferty) należy oceniać również przez pryzmat genezy powstania poprawianej niezgodności.

W rozpatrywanym przypadku wskazanie 225 dni w ofercie należało zinterpretować nie jako zaoferowanie skrócenia terminu realizacji zamówienia – co byłoby nierealne i wprost niezgodne z następnym zdaniem formularza ofertowego, które ograniczało takie skrócenie do maksymalnie 30 dni – ale podanie samego terminu realizacji zamówienia – co koreluje z różnicą pomiędzy wyjściowym terminem realizacji zamówienia a maksymalnym skróceniem tego terminu dopuszczonym przez Zamawiającego.

Powyższe pozwala przyjąć, iż poprawiana niezgodność treści oferty z treścią SIWZ nie polegała na niezgodności zamawianego i oferowanego świadczenia (którego skrócenie lub wydłużenie o kilkaset procent należałoby uznać za istotną zmianę treści oferty), ale na niezgodnym z SIWZ sposobie opisanie świadczenia w ofercie, które materialnie pozostaje zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Natomiast poprawienie błędu w samym sposobie opisanie oferowanego świadczenia, nie jest w tym przypadku istotną zmianą treści oferty.

Na marginesie Izba wskazuje, że przesłanki odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynikają z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa – zostały enumeratywnie wymienione w art. 89 ust. 1 Pzp. Bez znaczenia w tym kontekście pozostaje wskazywanie przez zamawiających przypadków, w jakich odrzucać będą ofertę jako niezgodną z treścią siwz.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencjach.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia

10

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).

.....

11