

WYROK
z dnia 15 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lutego 2017 r. w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2017 r. przez odwołującego - M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - P.P.L.K. S.A. z siedzibą w W.,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wnoszącego odwołanie wykonawcę - M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę - M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C., tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy - M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C. na rzecz zamawiającego - P.P.L.K. S.A. z siedzibą w W. kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące 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 (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **W.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - P.P.L.K. S.A. z siedzibą w W. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa w latach 2017 i 2018 szyn kolejowych ze stali R260. Przedmiot zamówienia podzielony został na trzy zadania. Odwołanie wniesione przez wykonawcę M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C. [Odwołujący] dotyczy zadania nr 2 w zakresie dostaw podstawowych (minimalnych) o łącznej długości 191 100 m szyn o profilu 49E1 i 60E1 ze stali R260 w odcinkach o długości 70 mb, z przeznaczeniem do zgrzewania w IM Kraków, zgodnie z Harmonogramem dostaw - załącznikiem nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ]. W zakresie dostaw opcjonalnych to zamówienie obejmuje dostawę w/w szyn za kwotę nie większą niż 30% wartości zamówienia podstawowego netto podanego w ofercie. Wykonawca w odwołaniu zaskarżył czynność Zamawiającego polegającą na unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie tego zadania oraz czynność polegającą na zakwalifikowaniu oraz zaproszeniu do aukcji elektronicznej w zakresie zadania nr 2 także wykonawcę A.P. S.A., a w konsekwencji zaskarżył także zamiar przeprowadzenia aukcji elektronicznej w tym zakresie oraz zaniechanie odrzucenia oferty A.P. S.A. w zadaniu nr 2. Powyższe czynności jego zdaniem zostały podjęte z naruszeniem:

1) art. 87 ust. 2 pkt 1 - 3 Pzp z uwagi na niezasadne poprawienie oferty wykonawcy A. w

sytuacji, w której nie zostały spełnione przesłanki pozwalające na zastosowanie żadnego z tych przepisów;

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 lub pkt 6 Pzp z uwagi na ich niezastosowanie, w sytuacji, gdy treść oferty złożonej przez A. w zakresie zadania nr 2 była niezgodna z treścią SIWZ, a w przypadku ewentualnego zakwalifikowania zaistniałego błędu jako omyłki i jej poprawienia - zawierała błąd w obliczeniu ceny;
- 3) art. 87 ust 1 oraz art. 181 Pzp z uwagi na przyjęcie, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę A. znajdują podstawę prawną i mogą być przyjęte, pomimo, że zmieniają treści oferty;
- 4) art. 91a ust. 1 Pzp z uwagi na wyznaczenie terminu aukcji elektronicznej w zakresie zadania nr 2 pomimo braku, co najmniej dwóch niepodlegających odrzuceniu ofert.
Wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności polegających na: (1) unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 2; (2) zakwalifikowaniu A. do aukcji elektronicznej w zakresie zadania nr 2; (3) zaproszeniu A. do aukcji elektronicznej i wyznaczeniu terminu rozpoczęcia aukcji elektronicznej w zakresie zadania nr 2. Wniósł także, z uwagi na fakt, iż przy rozpatrywaniu niniejszego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą zostanie już prawdopodobnie

3

przeprowadzona aukcja elektroniczna w zakresie zadania nr 2, o (4) unieważnienie czynności polegającej na przeprowadzeniu aukcji elektronicznej; (5) nakazanie odrzucenie oferty A. w zakresie dotyczącym zadania nr 2 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 lub pkt 6 Pzp; oraz (6) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego w zakresie zadania nr 2, jako oferty najkorzystniejszej bez przeprowadzania aukcji elektronicznej. Wniósł także o dopuszczenie dowodu z akt postępowania przetargowego, w tym SIWZ. Ponadto o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego. W uzasadnieniu odwołania podniósł w szczególności:

Zamawiający - P.P.L.K. S.A. z siedzibą w W. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z ustawą Pzp. Przedmiotem zamówienia jest dostawa w latach 2017 i 2018 szyn kolejowych ze stali R260 i został on podzielony na trzy zadania. W obszarze zainteresowania wykonawcy, w ramach niniejszego odwołania, jest zadanie nr 2. Dowód: SIWZ. Pismem z dnia 9 stycznia 2017 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o wyniku postępowania w zakresie zadania nr 2. Oferta Odwołującego została wybrana, jako najkorzystniejsza. Kolejnym pismem, także z dnia 9 stycznia 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o zakwalifikowaniu do aukcji elektronicznej - informując jednocześnie, że w zakresie zadania nr 2 - aukcja elektroniczna nie zostanie przeprowadzona. Oferta A. została odrzucona przez Zamawiającego z uwagi na fakt, że była niezgodna z SIWZ. Dowody: pisma Zamawiającego z dnia 9 stycznia 2017 r.: (1) zawiadomienie o wyniku postępowania w zakresie zadania nr 2 oraz (2) informacja o zakwalifikowaniu do aukcji elektronicznej. Wykonawca A. M. pismem wniesionym na podstawie art. 181 ust. 2 Pzp, który nie znajduje w postępowaniach o tej wartości zastosowania, zawiadomił Zamawiającego o niezgodnej z przepisami Pzp zaniechaniu czynności i wniósł o powtórzenie czynności oceny ofert i nieodrzućenia oferty oraz dopuszczenie go tym samym do aukcji elektronicznej. Dowody: (1) pismo A. z dnia 12 stycznia 2017 r. oraz (2) oferta tego wykonawcy.

W następstwie powyższego Zamawiający pismem z dnia 18 stycznia 2017 r. unieważnił na podstawie art. 181 ust. 2 Pzp, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 2. Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 18 stycznia 2017 r. Odwołujący podkreślił, że w tej sprawie bezsporne jest, że formularz oferty ulegał zmianom (ostatnia zmiana opublikowana dnia 18 listopada 2016 r.), a A. M. złożył ofertę w zakresie zadania nr 2 na nieprawidłowym formularzu przyjmując nieprawidłową długość szyn bezsprzecznie wskazał na 68.070 m, co miało wpływ na sposób obliczenia ceny. Cena została bowiem obliczona dla długości szyn 68.070mb, a nie 68.670mb. Podkreślił, że w okolicznościach faktycznych tej sprawy Odwołujący dopuścił się zatem błędu, który to błąd stanowi o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ (błędny zakres przedmiotu dostaw w stosunku do wymaganego przez Zamawiającego w treści SIWZ). Po pierwsze, w przedmiotowej sprawie

4

nie jest możliwe potraktowanie tego błędu, jako omyłki, albowiem w celu jego poprawienia

konieczne byłoby „odgadywanie” przez Zamawiającego rzeczywistej woli wykonawcy. Jednakże, nawet jeśliby przyjąć, iż w zakresie łącznej długości ww. szyn wykonawca A. omyłkowo wpisał 68.070mb zamiast 68.670mb, czyli mamy do czynienia z omyłką pisarską, to poprawieniu i tak nie podlegałoby dalsze wyliczenie ceny oferty. Zamawiający nie byłby bowiem uprawniony do wykonania operacji rachunkowych polegających na przemnożeniu prawidłowej ilości metrów szyn 68 670mb x podaną w ofercie cenę za 1metr bieżący (179,43 zł netto). Możliwość uwzględnienia konsekwencji rachunkowych omyłki została przez ustawodawcę przewidziana jedynie w przypadku omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, tj. omyłki rachunkowej. Z tym rodzajem omyłki z pewnością jednak nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie (wpisanie w treści formularza oferty 68.070mb zamiast 68 670mb nie wynika bowiem z żadnej operacji matematycznej). W konsekwencji, nawet jeśliby uznać, że Zamawiający powinien poprawić zaistniałą w ofercie wykonawcy A. omyłkę polegającą na błędnym wpisaniu 68.070mb zamiast 68.670mb, to i tak nie jest w tym przypadku uprawniony do przeliczenia ceny oferty w oparciu o prawidłową ilość metrów szyn. Reasumując stwierdził, że oferta A. w brzmieniu, w jakim została złożona w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest niezgodna z treścią SIWZ (błędny zakres przedmiotu dostaw w stosunku do wymaganego przez Zamawiającego), co winno skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Natomiast ewentualne potraktowanie tego błędu, jako omyłki prowadzić będzie do błędu w obliczeniu ceny, co również będzie stanowić przesłankę odrzucenia oferty (na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp).

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie, podnosząc w szczególności:

W piśmie z dnia 12 stycznia 2017 r. A. wskazał, że omyłkowo pozostawił w ofercie poprzednią wersję parametrów w zakresie ilości 68.070m szyny, co miało jednak nieznaczny wpływ na sposób obliczania ceny. Cena została bowiem obliczona dla długości szyn 68.070m, a nie 68.670m. Wykonawca, podał również, że w Załączniku 6 - „HARMONOGRAMIE DOSTAW - ZADANIE 2” - stanowiącym część oferty - wykonawca ostatecznie określił oczekiwane wartości w ilości 68.670mb szyny o profilu 60E1 ze stali R260 w zakresie Zadania nr 2, co jednoznacznie wskazywało na to, że faktycznie treść jego oferty odpowiada treści SIWZ, a wskazane omyłki powinny być skorygowane przez Zamawiającego. A. na podstawie art. 181 ust. 2 Pzp wniósł o powtórzenie czynności oceny ofert i nie odrzucania jego oferty oraz dopuszczenie go tym samym do aukcji elektronicznej. W następstwie powyższego, pismem z dnia 18 stycznia 2017 r. unieważnił na podstawie art. 181 ust 2 Pzp, czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 2 i pismem

5

z dnia 20 stycznia 2017 r., poinformował wykonawcę, że po ponownej analizie tej oferty w zakresie zadania nr 2 - dostawy w roku 2017 na podstawie:

1. art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprawił inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją, nie powodujące istotnych zmian treści oferty;
2. art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprawił oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Wskazując na treść art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz doktrynę i orzecznictwo stwierdził, że można poprawiać omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty - to jest nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty. Dalej m.in. podał, że jego zdaniem z tego przepisu zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju błędy, nieścisłości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Istotność takiej omyłki powinna być przez zamawiającego oceniona z uwzględnieniem jej znaczenia dla osiągnięcia celu, jaki przyświecał wszczęciu postępowania. Jeśli oferta, pomimo omyłki, spełniałaby oczekiwania zamawiającego, gdyby w tej treści miała być przyjęta - można rozważyć nieistotność omyłki. Pojęcie innej omyłki należy rozumieć możliwie szeroko. Inną omyłką będą zarówno błędy w przygotowaniu oferty i prawidłowym wyrażeniu jej treści, popełnione przez wykonawcę, jak i pominięcia w treści oferty wynikające z zapomnienia lub błędnego rozumienia treści SIWZ. Dopuszczalne jest poprawienie innych omyłek niemających charakteru oczywistego, jeśli ich poprawienie nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty. Jedynym ograniczeniem zakresu poprawienia omyłki jest skutek w postaci zmiany treści oferty, która nie może być zmianą istotną. Z kolei ocena, czy

poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To, co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia. Tym samym sprostowaniu lub uzupełnieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mogą podlegać wadliwie podane elementy kalkulacyjne, w tym ilości lub wymiary dla poszczególnych pozycji kosztorysowych - zarówno niemające wpływu, jak również mające wpływ na cenę oferty, czy to całkowitą, czy cenę jednostkową, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, z ewentualnym uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Istotna również jest wiedza zamawiającego o sposobie poprawienia oferty, która powinna 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, z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Dalej podkreślił, że nie ulega wątpliwości, iż poprawienie innej omyłki musi stanowić odzwierciedlenie złożonego

6

oświadczenia woli wykonawcy wyrażonego w ofercie oraz, że działania zamawiającego nie mogą prowadzić do negocjacji między stronami ani modyfikacji istotnych zapisów oferty. Wezwanie do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki powinno być w tym przypadku formalnością, niepociągającą za sobą konieczności dalszych wyjaśnień treści oferty. Tryb wyjaśnienia treści oferty sam w sobie nie stanowi bowiem naruszenia bezwzględnego zakazu prowadzenia pomiędzy zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. Poprawienie innej omyłki w treści oferty poprzedzone wezwaniem wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty nie może jednak powodować wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy. Podał także, że o istotności zmiany w treści oferty nie decyduje, czy zmiana ma wpływ na cenę. Taka interpretacja art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp jest nieuprawniona i nie znajduje odzwierciedlenia w przepisie ustawy, albowiem „nie sposób z góry wytyczać omyłek dotyczących sposobu wyrażenia ceny oferty będącej koniecznym elementem treści oferty, jako pozostających poza zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp”. Wskazując na orzecznictwo stwierdził, że zakresem zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp objęte jest również poprawienie treści oferty w zakresie jej ceny, która niewątpliwie stanowi essentialia negotii umowy w sprawie zamówienia publicznego, o ile nie powoduje zmiany tej ceny w sposób istotny, a także dotyczy zarówno postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe, jak i tych, w których zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe. Ponadto spółka A. podała prawidłowe wyliczenia w harmonogramie będącym elementem oferty. Ponadto Odwołujący, czego nie wskazuje, popełnił analogiczny błąd w jego ofercie na str. 4 podając długość szyn 60E1, jako 68.070m. Powyższe, zdaniem zamawiającego, prowadzi do wniosku, że omyłka możliwa była do poprawienia bez wyjaśnień wykonawcy, a do tego ma charakter nieistotny. Podał także, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, do którego również odwołuje się Odwołujący: (1) pozwala na poprawienie omyłek rachunkowych, jednak wyłącznie wtedy, gdy mają one charakter oczywisty oraz, (2) wskazuje na poprawienie omyłki rachunkowej "z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych", gdyż oczywiste jest, że jeśli omyłka zostanie popełniona na pierwszym etapie obliczeń, będzie ona wpływała na błędne dalsze działania wykonawcy i to nie tylko matematyczne, ale również przy wpisywaniu kwot do innych części oferty, czy opisywaniu ich słownie oraz, że (3) nie tylko dopuszcza poprawianie przez zamawiającego oczywistych omyłek rachunkowych, ale wprost nakazuje dokonanie takich poprawek. Zdaniem zamawiającego, w przedmiotowym postępowaniu spółka A. wskazała prawidłowe ceny jednostkowe, które zastosowała, co umożliwiło Zamawiającemu poprawienie omyłki bez zgadywania intencji wykonawcy, czy też bez prowadzenia z nim jakichkolwiek negocjacji. Tym samym całość podnoszonej w odwołaniu argumentacji nie znajduje tak uzasadnienia prawnego, jak i faktycznego.

7

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie z ustaleniami Izby do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa w latach 2017 i 2018 szyn kolejowych ze stali R260” mają zastosowanie przepisy – ustawy Prawo zamówień publicznych po ich zmianie ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w 2016/S 197-355464 - Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej w dniu 12.10.2016 r.

W odwołaniu wskazano na naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 1 - 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 lub pkt 6, a także art. 87 ust 1 oraz art. 181 ustawy Pzp i w konsekwencji art. 91a ust. 1 tej ustawy Pzp z uwagi na niezasadne poprawienie oferty wykonawcy A. w sytuacji, w której nie zostały spełnione przesłanki pozwalające na zastosowanie żadnego z tych przepisów.

Rozpoznając podnoszony zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 - 3 ustawy Pzp i pozostający w związku z tym przepisem – w okolicznościach tej sprawy – zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp lub jego pkt 6 Izba, uwzględniając argumentację z odwołania ustaliła, że te zarzuty wnoszący odwołanie wykonawca oparł na kluczowym twierdzeniu, że oferta A. w brzmieniu, w jakim została złożona w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest niezgodna z treścią SIWZ, albowiem błędny jest zakres przedmiotu dostaw w stosunku do wymaganego przez Zamawiającego, co zdaniem Odwołującego powinno skutkować odrzuceniem tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a ewentualne potraktowanie tego błędu, jako omyłki prowadzić będzie do błędu w obliczeniu ceny, co również będzie stanowić przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby ta argumentacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca odwołanie, jeżeli: „2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”.

Odwołujący kwestionując czynność poprawienia omyłki w formularzu oferty wykonawcy A. i wskazując na art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w argumentacji nie uwzględniał wskazanego tym przepisem zastrzeżenia [art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp], podkreślając tylko błędny

8

zakres przedmiotu dostaw w stosunku do wymaganego specyfikacją oraz stwierdzając, że potraktowanie tego błędu, jako omyłki prowadzić będzie do błędu w obliczeniu ceny, co z kolei będzie stanowić przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W myśl wskazanego art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy, *Zamawiający poprawia w ofercie: „3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty (...), zawiadamiając o tym [niezwłocznie] wykonawcę, którego oferta została poprawiona.*

W tej sprawie niewątpliwie Formularz oferty z oznaczeniem „zmiana” w zakresie zadania 2 w punkcie II w ramach dostawy w roku 2017 wskazuje w odniesieniu do kabla 60E1 na jego łączną długość: 60.070 mb w miejsce wymaganej specyfikacją po jej zmianie z dnia 18.11. 2016 r. w odpowiedzi na pytanie [nr 28] - 68.670 mb. W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że odpowiadając na pytanie, które pochodziło od wykonawcy A., Zamawiający przyznał, że w tym Formularzu nastąpiła oczywista omyłka pisarska, którą poprawił we wskazanym w pytaniu sposób oraz podał stronę internetową, na której znajduje się w zakładce SIWZ/WZ plik o nazwie „2. FORMULARZ OFERTY – ZMIANA_17.11.”. Chociażby ta okoliczność uprawniała Zamawiającego do przyjęcia, że w tej pozycji Formularza doszło do innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, która w żadnym wypadku nie mogła być interpretowana inaczej, jako oczywista omyłka popełniona tym razem przez zgłaszającego pytanie wykonawcę, nieoddająca rzeczywistej woli tego wykonawcy, [jako autora zapytania] w chwili składania spornego oświadczenia. Powyższe stanowisko potwierdza także Harmonogram dostaw, stanowiący element oferty, który w zakresie roku 2017 opracowany został przez A. zgodnie z wymaganą łączną długością kabla 60E1. Izba stwierdza dalej, że poprawienie innej omyłki, w rozumieniu art. 87 ust. Pkt 3 ustawy Pzp, może prowadzić do zmiany ceny oferty jednakże, która nie powoduje wytworzenia zupełnie

odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, w przedmiocie oferowanego świadczenia. Przepis art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp nie wyłącza omyłek dotyczących sposobu wyrażenia ceny oferty, będącej istotnym elementem treści oferty. Stąd też w ocenie Izby zakresem zastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp objęta jest również możliwość poprawienia treści oferty w zakresie jej ceny, z zastrzeżeniem jak powyżej, że nie powoduje to zmiany tej ceny w sposób istotny, która niewątpliwie stanowi essentialia negotii umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istotność tej zmiany w argumentacji zarzutu nie była podnoszona w odwołaniu. Tym samym tej okoliczności nie można było uznać za błąd w obliczeniu ceny, na której to okoliczności skupia się argumentacja odwołania i wskazywana w konsekwencji podstawa odrzucenia tej oferty. Izba zwraca także uwagę, że o dokonanej

9

czynności poprawienia omyłki wykonawca A. został powiadomiony w piśmie z dnia 20.01.2017 r. i ta czynności nie została przez wykonawca zakwestionowana. Tylko brak zgody – w myśl art. 89 ust.1 pkt 7a ustawy Pzp – wyrażonej w określonym ustawą Pzp terminie – stanowiłby podstawę odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Izba nie uwzględniając także zarzutu naruszenia art. 87 ust 1 ustawy Pzp w związku ze wskazywanym art. 181 ustawy Pzp stwierdza, że w istocie art. 181 ust.1 ustawy Pzp znajduje zastosowanie w postępowaniach, w których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Jednakże nie stanowi to przeszkody, aby wykonawca w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformował zamawiającego o niezgodnej, jego zdaniem, z przepisami ustawy czynności podjętej przez tego zamawiającego lub zaniechaniu czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. W przypadku uznania zasadności przekazanej informacji zamawiający powtarza czynność albo dokonuje czynności zaniechanej, informując o tym wykonawców w sposób przewidziany w ustawie dla tej czynności. Fakt wadliwego wskazania art. 181 ust.1 Pzp nie czyni podjętych czynności nieważnymi. Zamawiający przede wszystkim, przed udzieleniem zamówienia powinien zweryfikować podjęte czynności, celem usunięcia zauważonych nieprawidłowości, będących skutkiem jego działania lub zaniechania. Pismo, które skierował wykonawca A. w powołaniu na art. 181 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, informujące o niezgodnej, zdaniem wykonawcy, z przepisami Pzp zaniechaniu czynności z wnioskiem o ponowną ocenę jego oferty i w konsekwencji o jej nieodrzućanie – można traktować, jako sygnalizowanie zamawiającemu nieprawidłowości, jednakże niewiążące zamawiającego, nawet w przypadku, gdyby jego działania stanowiły naruszenia prawa Pzp. Pozytywna reakcja, w tym przypadku uchylenie dotychczasowych czynności i ich powtórzenie z zastosowaniem procedur przewidzianych ustawą Pzp, nie może być kwalifikowana, jako naruszająca przepisy tej ustawy i postrzegana, jako prowadzenie nieuprawnionych negocjacji prowadzących do zmiany treści oferty.

W konsekwencji powyższych ustaleń, także wskazywany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 91a ust. 1 ustawy Pzp, dotyczący wyznaczenia terminu aukcji elektronicznej w zakresie zadania nr 2 nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem w konsekwencji Zamawiający uzyskał w wyniku ponownej oceny dwie niepodlegające odrzuceniu oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i

10

sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

.....

11