Sygn. akt: KIO 1077/17

WYROK
z dnia 13 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Justyna Tomkowska
Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 13 czerwca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2017r. przez **wykonawcę J. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. J. C. W. R. z siedzibą w W., ul. (…)** postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Muzeum** Śląskie **w K., ul. (…). orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę J. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. J. C. W. R. z siedzibą w W., ul. (…) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę J. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. J. C. W. R. z siedzibą w W., ul. (…) tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **J. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. J. C. W. R. z siedzibą w W., ul. (…)** na rzecz **Muzeum** Śląskiego **w K., ul. (…)** kwotę **4 200 zł 00 gr** (słownie : cztery tysiące dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego i dojazdów.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach.**

Przewodniczący: ……
Członkowie: ……..
……...

Sygn. akt KIO 1077/17

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na druk materiałów promocyjno- informacyjnych dla Muzeum Śląskiego w K. zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 21 kwietnia 2017r. za numerem 71488-2017. W dniu 24 maja 2017r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy D. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w B. i o sprostowaniu omyłki w tej ofercie. Zamawiający sprostował omyłkę w formularzu ofertowym polegającą na wskazaniu, że wyceniono zakres podstawowym zamówienia na kwotę 98 314,64zł., a zakres opcji oznaczono jako nie dotyczy. Zamawiający na podstawie złożonych przez wykonawcę D. wyjaśnień poprawił te wyceny w następujący sposób cenę 98 314,64 rozbił na cenę za zakres podstawowy w wysokości 54 161,88 zł. i zakres opcjonalny na cenę 44 152,76zł.
W dniu 29 maja 2017r. odwołujący J. C. wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 29 maja 2017r. udzielonego przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 29 maja 2017r. Zamawiający o wniesieniu odwołania poinformował wykonawców w dniu 29 maja 2017r. Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.
Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy, czynności zamawiającego polegającej na:
- dokonaniu przez zamawiającego poprawienia oferty złożonej przez firmę D. Sp. zo.o. sp.k. z siedzibą w B., w drodze sprostowania omyłki, w sytuacji gdy przedmiotowa oferta była

niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (siwz), a poprawienie jej w trybie sprostowania omyłki było niedopuszczalne,
- a w konsekwencji, bezpodstawnym wyborze poprawionej przez zamawiającego oferty firmy D. Sp. z o.o. sp. k. jako najkorzystniejszej.
Zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów postępowania:
- art. 7 ust. 1 ustawy nakazującego prowadzenie postępowania w sposób zachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania zapewniający Wykonawców, przez zaniechanie zastosowania właściwego badania i oceny oferty D. Sp. z o.o. sp, k. z siedzibą w B., złożonej w postępowaniu i niezastosowaniu wszelkich procedur przewidzianych w ustawie ustawy, a w konsekwencji poprawienie omyłki polegającej na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (siwz), powodującą istotną zmianę w treści oferty firmy D. Sp. z o.o. sp. k.;

- art; 87 ust 2 ustawy w zw. z art. 87 ust 2 ustawy, przez dokonywanie istotnych zmian treści oferty firmy D. Sp. z o.o, sp. k. z siedzibą w B. w zakresie brzmienia treści oferty i konwalidowania nieprawidłowości w niej zawartych,
- art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy, z uwagi na nieodrzucenie przez zamawiającego oferty firmy D. SP. z o.o. sp. k. z siedzibą w B.ze względu na to, iż jej treść nie odpowiada treści siwz,
- art. 91 ust 1 ustawy, przez- wybór jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy sprzecznej z kryteriami zawartymi przez zamawiającego w siwz.
W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania, oferta odwołującego winna być uznana za ofertę najkorzystniejszą. W konsekwencji działań podjętych przez zamawiającego, istnieje możliwość poniesienia szkody przez odwołującego, a co za tym idzie, odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania.
Wniósł o nakazanie zamawiającemu:
1) uwzględnienie odwołania;
2) unieważnienie czynności zamawiającego polegających na bezpodstawnym poprawieniu omyłki w treści oferty wykonawcy D. Sp. z o.o. sp. k.;
3) powtórne dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;
4) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.
Wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z załączonej do niniejszego odwołania korespondencji mailowej - dla wykazania okoliczności wskazanych w treści uzasadnienia, w szczególności dokonanej przez zamawiającego poprawy omyłki w ofercie wykonawcy D. sp. z o.o. sp. k. oraz faktu zgłoszonych przez odwołującego zastrzeżeń co do wyboru najkorzystniejszej oferty. W dniu 24 maja 2017 roku zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w części I zamówienia, złożonej przez wykonawcę firmę D. sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w B.. W uzasadnieniu stanowiska zamawiający wskazał m.in., iż wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia z postępowania. Treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz). Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty odwołujący otrzymał drogą elektroniczną w dniu 24 maj a 2017 roku.
Dla odwołującego podkreślenia wymaga, iż przedmiotem zamówienia było świadczenie dla Muzeum Śląskiego w K. usług w zakresie druku wielkoformatowych materiałów promocyjno-informacyjnych. Zakres zamówienia obejmował realizację zamówienia podstawowego oraz opcję na rok 2017 i 2018.

Składając ofertę, D. sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w B., w Załączniku nr 1 Formularza oferty wskazał, iż „oferuje realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami i na zasadach określonych w siwz za cenę brutto w wysokości: podstawowy zakres zamówienia: 98.314,64 PLN; opcjonalny zakres zamówienia (prawo opcji): n/d PLN
RAZEM za całość zamówienia od dnia podpisania umowy do dnia 31.12.2018 r. 98.314,64 PLN”
Zgodnie z treścią art. 87 ust. 2 ustawy, zamawiający poprawia w ofercie:
1. oczywiste omyłki pisarskie,

2. oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
3. inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.
Powyższe wskazuje, iż poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie- art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy uzależnione jest od łącznego spełnienia dwóch przesłanek: po pierwsze, zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści, po drugie, poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny, na podstawie powołanego przepisu można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień. Taka sytuacja w niniejszej sprawie nie zachodziła.
Analiza treści Formularza Oferty wykonawcy wskazuje jednoznacznie, iż firma D. sp. z o.o. sp. k. nie objęła ofertą opcjonalnego zakresu zamówienia. Podkreślenia wymaga, iż załącznik nr 1 - Formularz ofertowy - obowiązujący przy składaniu ofert, wyraźnie rozgraniczał podstawowy i opcjonalny zakres zamówienia oraz stawki wynagrodzeń dla każdego z nich z osobna. D. Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w B. w rubryce przewidzianej dla wynagrodzenia z tytułu opcjonalnego zakresy zamówienia (prawo opcji) wpisało n/d (nie dotyczy), a następnie podsumowując całość zamówienia, podała kwotę 98.314,64 zł, czyli odpowiadającą podstawowemu zakresowi zamówienia. Wyraźne wskazanie w treści oferty zapisu „n/d" wskazuje według odwołującego bezspornie, iż wolą Wykonawcy D. sp. z o.o. sp. k. było jedynie wykonanie na rzecz zamawiającego prac i usług objętych podstawowym zakresem zamówienia.
W rozdziale XIII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w opisie sposobu obliczenia ceny wskazano wprost, iż: „1. Wykonawca określa cenę realizacji zamówienia przez jej

---

wskazanie w Formularzu ofertowym sporządzonym wg wzoru stanowiącego Załączniki nr 1 do siwz w podziale na części, o których mowa w rozdziale IV siwz", a także 4. „Wykonawca, kalkulując cenę oferty, winien uwzględnić wszelkie koszty jakie poniesie celem należnej realizacji przedmiotu umowy, zgodnie z obowiązującymi przepisami, a także wymaganiami zamawiającego określonymi w niniejszej siwz oraz wszystkich załącznikach do niej".
Niezgodność treści oferty z treścią siwz należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 KC, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. W omawianym stanie faktycznym - w ocenie odwołującego - oświadczenie woli wykonawcy jest sprzeczne z oczekiwaniami zamawiającego, który dla podstawowego zakresu zamówienia i prawa opcji żądał podania oddzielnych cen. Tymczasem wykonawca w zakresie pozycji 1 „Oferty w zakresie części I", w ogóle nie zaoferował ceny i jednocześnie wykonania opcjonalnego zakresu zamówienia, wskazując jedynie cenę wykonania podstawowego zakresu zamówienia. Niewątpliwie niezgodność ta, nie ma charakteru formalnego, a jest niezgodnością merytoryczną, odnosząca się do treści oświadczenia woli wykonawcy. Nie sposób zatem uznać jej za-błąd pisarski, czy też inny, w rozumieniu art. 87 ust 2 ustawy.
Niedopuszczalnym w ocenie odwołującego, jest zakwalifikowanie nieprawidłowości występujących w treści oferty, jako inną omyłkę i w konsekwencji poprawienie ich (dokonanie zmian w treści oferty), jedynie przez złożenie wyjaśnień przez wykonawcę. W piśmiennictwie prawniczym powszechne jest stanowisko, iż procedura wyjaśniania treści oferty w ujęciu art. 87 ust 1 ustawy „ nie może co do zasady skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia, nie mogą jednak zmieniać treści dokumentu (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz. - Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M.rWKP 2012).
Zgodnie z art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy, zamawiający zobowiązany jest do poprawy w ofercie innych omyłek niż te, o których mowa w art. 87 ust. 1 i 2 ustawy, które polegają na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Analiza wskazanego przepisu prowadzi do wniosku, iż jego

stosowanie musi mieć pewne granice, które są wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców. 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 (por. wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2014 r. sygn. KIO 693/14; KIO 694/14).

Nie bez znaczenia dla odwołującego pozostaje, iż „Ewentualne dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który swojej woli nie wyraził w ofercie w sposób jednoznaczny, a zgodność jego oferty-z treścią siwz może być ustalona dopiero na podstawie złożonych wyjaśnień, które zmieniają w-istotny sposób treść oświadczenia woli zawartego w ofercie, nie tylko narusza art. 87 ust. 1 ustawy, ale stanowi również złamanie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności"(por. wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009 r. sygn. KIO/UZP11/09, zob. także Prawo zamówień publicznych. Komentarz. - Bazan A., Nowicki J.E, LEX, 2014).
W tych okolicznościach, nie ulega dla odwołującego wątpliwości, iż ingerencja zamawiającego w treść oferty D. sp. z o.o. sp. k., sporządzonej w sposób niezgodny z treścią i zapisami siwz, stanowiło dokonanie niedozwolonych ustawą, istotnych zmian w treści oferty, które doprowadziły w rezultacie do diametralnej zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy.
Podkreślenia według odwołującego wymaga, iż decydującym kryterium przy wyborze oferty, była cena podstawowego zakresu zamówienia każdego z wykonawców biorących udział w przetargu. Dlatego też w ocenie odwołującego, niedopuszczalne było działanie zamawiającego, który przez zastosowanie procedury wyjaśnienia treści oferty wskazanej w art. 87 ust 1 ustawy, doprowadził w rezultacie do poprawienia błędów w ofercie wykonawcy D. sp. z o.o. sp.k.
W okolicznościach niniejszej sprawy, skutkiem dokonania przez. zamawiającego poprawy omyłki, polegającej , na uznaniu zaproponowanej przez D. sp. z o.o. sp. k. ceny, jako łączną wartość zamówienia,, obejmującego wykonanie zarówno podstawowego zakresu zamówienia, jak i prawa opcji, było obniżenie ceny z tytułu wykonania podstawowego zakresu zamówienia i uznanie oferty D. sp. z o.o. sp. k. jako najkorzystniejszej - pomimo innych zapisów Formularza oferty.
O rzekomej woli wykonania przez wykonawcę zarówno podstawowego, jak i opcjonalnego zakresu zamówienia - wbrew stanowisku zamawiającego - nie może świadczyć, zawarte w Formularzu Oferty ust. 3-5 oświadczenie o: 1) zobowiązaniu się do nieprzenoszenia kosztów realizacji zamówienia opcjonalnego do kosztów realizacji zamówienia podstawowego i odwrotnie. W związku z tym, ceny jednostkowe o których mowa w załączniku nr 1 Umowy, będą jednostkowe rzez cały okres realizacji przedmiotu .zamówienia (w tym opcji), z zastrzeżeniem § 5 ust. 4 Umowy oraz § 8 Umowy; 2) zobowiązaniu się, iż wykonawca nie będzie żądał zapłaty wynagrodzenia oraz żadnej rekompensaty w przypadku rezygnacji przez zamawiającego z opcji; 3) zobowiązaniu się do realizacji przedmiotu zamówienia w terminach określonych w siwz oraz we wzorze umowy.

Przedstawione powyżej zapisy, zostały bowiem objęte przygotowanym przez zamawiającego nieedytowalnym formularzem oferty i - w świetle zwartego w formularzu przez D. sp. z o.o. sp. k. oświadczenia o kosztach podstawowego zakresu zamówienia, odwołujący uważa, że nie sposób przyjąć za zamawiającym, że wykonawca potwierdził w ten sposób swą wolę, którą było złożenie oferty zarówno w zakresie zamówienia podstawowego, jak i w zakresie opcji.
Niezależnie od powyższego podkreślenia według odwołującego wymaga, iż samo tylko określenie w opisie przedmiotu zamówienia szczegółowych cen dla poszczególnych rodzajów druku, ilości opowiadającej podstawowemu i opcjonalnemu zakresowi zamówienia, nie mogło stanowić podstawy do przyjęcia, iż wolą wykonawcy było wykonanie przedmiotu zamówienia w całości, a w konsekwencji poprawy przez zamawiającego ceny złożonej przez D. sp. z o.o. sp. k, oferty.
Istotne, że w korespondencji ze spółką D., sam zamawiający wskazywał, iż treść oferty

wykonawcy w zakresie opcjonalnego zakresu zamówienia jest niezgodna z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia siwz.
Mając na uwadze, iż spółka D. sp. z o.o. sp. k. jest profesjonalnym podmiotem, funkcjonującym na rynku od 2010 roku, to na niej spoczywał ciężar i obowiązek prawidłowego oraz zgodnego z siwz wypełnienia formularza oferty oraz de facto przedstawienia warunków, odpowiadających złożonemu przez zamawiającego zamówienia.
W ocenie odwołującego, dokonując poprawy „omyłki" w treści oferty złożonej przez wykonawcę D. sp. z o.o. sp. k., zamawiający naruszył przepisy postępowania i procedurę przewidzianą w ustawie. Odwołujący stoi-bowiem na stanowisku - co znajduje potwierdzenie bezpośrednio w treści Formularza Oferty - iż wolą D. sp. z o.o. sp. k. było wykonanie na rzecz zamawiającego jedynie podstawowego zakresu zamówienia. O ewentualnej omyłce można by mówić, co najwyżej w sytuacji, gdyby w rubryce znajdującej się obok zapisu „opcjonalny zakres zamówienia (prawo opcji)" wykonawca D. sp. z o.o. sp. k. nie wpisał nic, pozostawiając to pole pustym. W sytuacji natomiast, w której D. sp. z o.o. sp. k. zamieściła tam zapis „n/d", wszelkie .zmiany treści oferty w tym zakresie, w szczególności rozbicie, zaproponowanej ceny z tytułu podstawowego zakresu zamówienia, dodatkowo na opcjonalny zakres zamówienia, stanowiło istotną zmianę w treści oferty, polegającą na ostatecznym obniżeniu ceny oferty.
W ocenie odwołującego, brak-określenia w Formularzu Oferty wartości opcjonalnego zakresu zamówienia nie może być kwalifikowany jako nieistotna wada-będąca wynikiem różnego rodzaju błędu, która nie prowadzi do istotnej zmiany w treści oferty i nie zmieniało istoty przedmiotu zamówienia. Z całą stanowczością odwołujący podkreślił, iż poprawa rzekomej omyłki przez zamawiającego, dotyczyła w konsekwencji zamiany ceny

---

podstawowego zakresu zamówienia, na łączną wartość obejmującą podstawowy i opcjonalny zakres zamówienia.
Wykonawca D. sp. z o.o. sp. k. dołączyła do oferty dokument, niebędący załącznikiem do siwz, zawierający wyliczenie do opisu przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze, iż procedura przetargowa wymaga korzystania z formularzy przygotowywanych przez zamawiającego, sporządzony przez wykonawcę dokument z uwagi na niezachowaną formę, winien zostać zwrócony, a z pewnością nie miał charakteru wiążącego dla zamawiającego i nie powinien zostać uwzględniony. W tym stanie rzeczy, według odwołującego nie ulega wątpliwości, iż czynności zamawiającego naruszają interes odwołującego, który doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przytaczanych w petitum odwołania przepisów ustawy, a tym samym zostały spełnione przesłanki art. 179 ust. 1 ustawy.
Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o oddalenie odwołania w całości.
Zamawiający wskazał, że odrzucając ofertę, musi upewnić się, że przesłanka, na której chce oprzeć swoją decyzję, mieści się w zamkniętym katalogu przestanek odrzucenia zawartym w art. 89 ustawy. Tylko wskazane tam przesłanki mogą być podstawą odrzucenia oferty. Przesłanki odrzucenia wskazane w tym artykule należy interpretować ściśle, ponieważ inne działanie byłoby sprzeczne z przepisami prawa i stanowiłoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Ustawodawca przez tak rygorystyczne zapisy w tym względzie, nie pozostawił swobody interpretacji i zagwarantował uczciwość konkurencji oraz uniemożliwił manipulowanie wynikami przetargu. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Z przepisu jednoznacznie wynika, iż odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią siwz w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z siwz niemających istotnego charakteru. Zaniechanie takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, co nie zapewnia rozstrzygnięcia postępowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – tak KIO w wyroku z dnia 22 lipca 2015r. sygn akt KIO 1472/15. Niezgodność treści oferty z treścią siwz musi polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy. Powyższy wywód potwierdza Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku sygn. akt: XII Ga 186/13.
Celem art. 87 ust. 2 ustawy jest udzielanie zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których z powodu nieistotnych omyłek czy

niezamierzonych opuszczeń, odrzucana byłyby oferta gwarantująca realizację zamówienia

---

zgodnie z siwz – tak wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010r. sygn. akt XII GA 429/09 oraz wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2012r. sygn. akt KIO 2743/11. Stosując art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy , oczywistym jest, iż zamawiający zawsze dokona zmiany treści oferty wykonawcy, (wyrok KIO z dnia 22 lipca 2015r. sygn. akt KIO 1472/15) jednakże jak słusznie zauważyła Izba „(...) granicą dopuszczalności zmian jest to, aby nie prowadziła ona do znaczącej ingerencji w treść oferty, która spowodowałaby wytworzenie przez zamawiającego zupełnie nowej treści oświadczenia woli w stosunku do złożonego przez wykonawcę." (wyrok KIO z dnia 24 października 2016r. sygn. akt KIO 1907/16.
Zamawiający powołał również sentencję z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1472/15
W związku powyższym zamawiający nie zgodził się z argumentacją odwołującego, iż zamawiający powinien odrzucić ofertę D. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy . Z przytoczonego wywodu wynika jednoznacznie, iż obowiązkiem zamawiającego w pierwszej kolejności jest rozpatrzenie, czy jest możliwość poprawienia oferty wykonawcy. zamawiający dokonał poprawy omyłki o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, ponieważ D. złożył szczegółową wycenę przedmiotu zamówienia (str. 1 i 2 Formularz obliczenia ceny - Załącznik nr 2A Formularza oferty), z którego jednoznacznie wynika wola D. objęcia ofertą zarówno zamówienia podstawowego, jak i opcjonalnego, a nadto w jakich cenach D.zaoferował przedmiot zamówienia w zakresie podstawowym oraz opcjonalnym.
Powyższe stanowisko zamawiającego znajduje pełne potwierdzenie w opinii UZP pt.: "Omyłki i błędy w ofertach wykonawców - analiza na przykładzie orzecznictwa sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej". Zamawiający zauważył ponadto, że racjonalny wykonawca składa ofertę po to, aby móc je uzyskać, a nie po to, aby podlegała odrzuceniu (por. wyrok KIO z dnia 22 lipca 2015r. sygn. akt KIO 1472/15 i wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2015r. sygn. akt KIO 674/15). Zamawiający podkreślił, że firma D. nie przekreśliła pkt. 3 – 5 formularza ofertowego, które dotyczyły zobowiązania do wykonania opcji oraz złożenia oferty zgodnej z siwz. Wbrew twierdzeniu odwołującego nie zmienia tego wpisanie „n/d" obok zapisu „opcjonalny zakres zamówienia (prawo opcji)". Zamawiający uważa, wbrew stanowisku odwołującego, że powinien brać pod uwagę str. 1 i 2 formularza obliczenia ceny załącznik 2A do formularza oferty, gdyż pojęcie oferta należy wywodzić z art. 66 par. 1 kc. Treść oferty należy rozumieć w sposób ścisły i utożsamiać z oświadczeniem wykonawcy, z którego wynika zakres zobowiązania wykonawcy względem zamawiającego w związku z realizacją przyszłej umowy. Tak też KIO z wyroku z dnia 17 marca 2015r sygn. akt KIO 437/15, a także w wyroku z dnia 7 listopada 2011r. sygn. akt KIO 2289/11. Na kanwie tego orzecznictwa zamawiający uważa, że załącznik 2A do formularza oferty należy traktować jako część oferty i rozpatrywać łącznie. Zamawiający uważa, że może dokonać poprawy w wyniku wyjaśnień, gdyż orzecznictwo wyraźnie wskazuje, że weryfikacji charakteru

---

niezgodności treści oferty z treścią siwz służy także procedura wyjaśniania treści oferty opisana w art. 87 ust. 1 ustawy, która może poprzedzać dokonanie poprawek w treści oferty wykonawcy. Z żadnego bowiem przepisu ustawy nie wynika zakaz poprzedzania takiego poprawiania wezwaniem do wyjaśnień treści oferty, jak również zakaz skorzystania w tym celu z otrzymanych informacji – tak KIO w wyroku z dnia 5 sierpnia 2009r. sygn. akt KIO/UZP 959/09, w wyroku z nia 12 czerwca 2011r. sygn. akt KIO 1366/11, w wyroku z dnia 4 kwietnia 2011r. sygn. akt KIO 689/11, czy w wyroku z dnia 27 kwietnia 2012r. sygn. akt KIO 757/12, co potwierdza także opinia UZP. Zamawiający podkreślił, że poprawy dokonał w wyniku informacji zawartych w ofercie, a nie powziął informacji potrzebnych do poprawienia omyłki z wyjaśnienia. Zamawiający nie zgadza się, że omyłką byłby co najwyżej pozostawienie pola formularza ofertowego pustym. Przede wszystkim kluczowe znaczenie dla oceny rzeczywistej woli D. ma fakt załączenia do formularza ofertowego załącznika 2A do formularza oferty, z którego jednoznacznie wynika zamiar D. objęcia ofertą zarówno zamówienia podstawowego jaki opcjonalnego. Gdyby wolą D. byłoby niezłożeni oferty w pełnym zakresie zamówienia, to nie wypełniłby rubryki razem i wykreśliłby pkt. 3 -5 formularza oertowego, bądź wprowadził odręczne adnotacje, iż zamierza złożyć ofertę bez opcji.
Zamawiający uważa, że był zobowiązany do poprawy omyłki, ponieważ formularz obliczenia ceny załącznik 2A doi formularza oferty był treścią ofery, z którego w sposób jednoznaczny

można było ustalić cenę za przedmiot zamówienia podstawowy, opcjonalny i łączną wartość zamówienia, a D. nie przedstawił żadnych innych zapisów w ofercie o woli złożenia oferty wyłącznie w zakresie podstawowym. Poprawa omyłki nie powodowała wytworzenia nowej treści oświadczenia woli w stosunku do wyrażonej w ofercie, a jedynie poprawiła oczywistą omyłkę, która powstała przy wypełnieniu ust. 1 formularza oferty. Żądanie odwołania jest nieracjonalne. Zaniechanie poprawy byłoby niezgodne z prawem, gdyż prowadziłoby do odrzucenia oferty najkorzystniejszej, co nie zapewniałoby rozstrzygnięcia postępowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty firmy D., wezwania do wyjaśnień złożonych wyjaśnień oraz informacji o wyniku postępowania.
Z siwz wynika, że zamawiający wymagał złożenia załącznika nr 1 tj. formularza ofertowego, zamawiający nie wymagał załączania do oferty, ani załącznika 2A do OPZ, ani Załącznika nr 1 do Umowy jako podstaw wyliczenia ceny.
Z oferty firmy D. wynika, że w pkt. 1 formularza ofertowego wynika, że D. oferuje realizację przedmiotu zamówienia za cenę brutto za podstawowy zakres zamówienia 98 314,64zł.,

---

opcjonalny zakres zamówienia n/d, razem za całość zamówienia od dnia podpisania umowy do dnia 31 grudnia 2018r. – 98 314,64zł.. D. załączył do oferty załącznik nr 2A do OPZ podał ceny za druk na banerze za rok 2017 i 2018 w ilości 80m230, 67 zł. za sztukę i 2 453,60 za komplet, druk na folii w ilości 20 m2 za rok 2017 i 2018 z cenę jednostkową 29,60 i łącznie 592zł., za druk na papierze w ilości 1 010 za lata 2017 i 2018 z ceną za m2 55,43 i łącznie 55 984,30, za druk na materiałach sztywnych w ilości 330 za rok 2017 i 2018 za cenę jednostkową 50,04 i łącznie 16 513,20 i za druk na materiale flagowym 1 w ilości 130m2 za dwa lata za cenę jednostkową 33,75 i łącznie 7 387,50, co w podsumowaniu dawało kwotę 79 930,60zł. Wykonawca nie dołączył załącznika nr 1 do umowy.
Odwołujący do formularza ofertowego załączył załącznik nr 1 do umowy.
W dniu 9 maja 2017r. zamawiający zwrócił się do firmy D. o wyjaśnienie treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, gdyż stwierdził, że w siwz przewidział prawo opcji tj. zamówienie podstawowe dotyczyło świadczenia umowy do 31 grudnia 2017r., zaś opcjonalne od 1 stycznia 2018r. do 31 grudnia 2018r. Wykonawca D. w formularzu ofertowym oświadczył, że zamówienie opcjonalne go nie dotyczy, jednak złożył w formularzu oświadczenia dotyczące opcji i jednocześnie przedłożył dokument, z którego wynika, że wycenił świadczenie usług w roku 2018r. Zatem zamawiający oczekiwał odpowiedzi na pytanie, czy oferta obejmuje zakres podstawowy zamówienia, czy zakres podstawowym wraz z opcjonalnym zakresem zamówienia.
W dniu 9 maja 2017r. wykonawca D. odpowiedział, że jego oferta obejmuje zakres podstawowy z opcjonalnym zakresem zamówienia.
Na tej podstawie i bazując na informacjach zawartych w ofercie firmy D. zamawiający dokonał poprawy formularza ofertowego przez rozbicie kwoty 98 314,64 na zamówienie podstawowe i opcjonalne oraz wypełnił załącznik nr 1.
Izba ustaliła następujący stan prawny:
Art. 7 ust. 1ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
Art. 87 ust. 1 ustawy - W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.
1a. W postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ust. 2 ustawy - Zamawiający poprawia w ofercie:
1) oczywiste omyłki pisarskie,

2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty
- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.
Art. 89 ust. 1 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła z urzędu, że wniesione odwołanie nie spełnia przesłanek z art. 189 ust. 2 ustawy, w tym art. 189 ust. 2 pkt 6 w związku z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy. Izba wzięła pod uwagę wynik kontroli instancyjnej Sądów Okręgowych właściwych dla siedziby zamawiającego, które z mocy art. 198 a ust. 1 ustawy sprawują nadzór instancyjny nad orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Izba ustaliła stan znany Izbie z urzędu, że Sądy Okręgowe wydały 22 orzeczenia uwzględniające skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych tj. :
1) wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 21 grudnia 2016 r. (sygn. akt: IX Ga 502/16),
2) wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 22 grudnia 2016 r. (sygn. akt: II Ca 1461/16),
3) wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 20 stycznia 2017 r. (sygn. akt: XII Ga 1018/16),
4) wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 lutego 2017 r. (sygn. akt: XIX Ga 3/17),
5) wyrok Sądu Okręgowego w Przemyślu z dnia 16 lutego 2017 r. (sygn. akt: I Ca 399/16),
6) wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 9 marca 2017 r. (sygn. akt: II Ca 145/17),
7) wyrok Sądu Okręgowego w Kaliszu z dnia 9 marca 2017 r. (sygn. akt: II Ca 116/17),
8) wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 14 marca 2017 r. (sygn. akt: II Ca 1626/16),
9) wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 21 marca 2017 r. (sygn. akt: VI Ga 60/17),

---

10) postanowienie Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 17 marca 2017 r. (sygn. akt: VII Ga 61/17),
11) wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 29 marca 2017 r. (sygn. akt: II Ca 115/17),
12) wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 4 kwietnia 2017 r. (sygn. akt: VI Ga 56/17),
13) wyrok Sądu Okręgowego w Koninie z dnia 4 kwietnia 2017 r. (sygn. akt: I Ca 51/17),
14) postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2017 r. (sygn. akt: XXIII Ga 1517/16)],
15) Sąd Okręgowy w Katowicach 20.04.2017;
16) Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze 24.04.2017;
17) Sąd Okręgowy w Olsztynie 10.05.2017;
18) Sąd Okręgowy w Poznaniu 10.05.2017;
19) Sąd Okręgowy w Olsztynie 23.05.2017;
20) Sąd Okręgowy w Lublinie 25.05.2017;
21) Sąd Okręgowy w Warszawie 25.05.2017; oraz
22) Sąd Okręgowy w Krakowie z 26.05.2017;
Wyroki oddalające skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych:
1) wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 3 stycznia 2017 r. (sygn. akt: XII Ga 837/16)- zaskarżony skargą kasacyjną
2) wyrok Sądu Okręgowego w Płocku z dnia 1 lutego 2017 r. (sygn. akt: IV Ca 1051/16);
Wyroki umarzające postępowanie skargowe:
1) postanowienie Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 6 grudnia 2016 r. (sygn. akt: V Ga 325/16),
2) postanowienie Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 27 stycznia 2017 r. (sygn. akt: II Ca 1142/16)

3) Sąd Okręgowy we Wrocławiu 4.04.2017
4) Sąd Okręgowy w Kielcach 17.04.2017
W świetle zatem wyniku kontroli instancyjnej Izba podziela i przyjmuje za własny pogląd wyrażany przez Sądy Okręgowe, że pojęcie wyboru oferty najkorzystniejszej musi być rozumiane jako składowa czynności i zaniechań zamawiającego zakończonych wyborem oferty najkorzystniejszej pod względem materialnym tj. złożonej przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postepowania i oferty niepodlegającej odrzuceniu.
Odnosząc się merytorycznie do zarzutów odwołania, to Izba rozpozna podniesione zarzuty łącznie.
Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy nakazującego prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, przez zaniechanie zastosowania właściwego badania i oceny

---

oferty D. Sp. z o.o. sp, k. z siedzibą w B., złożonej w postępowaniu i niezastosowaniu wszelkich procedur przewidzianych w ustawie ustawy, a w konsekwencji poprawienie omyłki polegającej na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (siwz), powodującą istotną zmianę w treści oferty firmy D. Sp. z o.o. sp. k.;
oraz
Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust 2 ustawy w zw. z art. 87 ust 2 ustawy, przez dokonywanie istotnych zmian treści oferty firmy D. Sp. z o.o, sp. k. z siedzibą w B.w zakresie brzmienia treści oferty i konwalidowania nieprawidłowości w niej zawartych,
oraz
Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy, z uwagi na nieodrzucenie przez zamawiającego oferty firmy D. SP. z o.o. sp. k. z siedzibą w B.ze względu na to, iż jej treść nie odpowiada treści siwz,
oraz
Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust 1 ustawy, przez- wybór jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy sprzecznej z kryteriami zawartymi przez zamawiającego w siwz.

Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. W ocenie Izby zamawiający nie przedstawił szczegółowego opisu sposobu obliczenia ceny, ani w szczególności nie zakazał dokonywania takiego obliczenia w oparciu o załączniki załączone przez niego do siwz, w tym o załącznik nr 2A do OPZ. Bezsporne jest, że firma D. załączyła do oferty załącznik nr 2A do OPZ uzupełniając go o dane dotyczące cen jednostkowych netto i o ilości łączne dla lat 2017 i 2018. Dokument ten obrazował zamawiającemu w jaki sposób firma D. skalkulowała ofertę. Jednocześnie dokument ten pozostawał w sprzeczności z formularzem ofertowym, w którym firma D. złożyła oświadczenie, że jej zakres zamówienia opcjonalnego nie dotyczy. Oświadczenie to było także sprzeczne z oświadczeniami z formularza ofertowego zawartymi w pkt. 3 – 5. Tym samym w ocenie Izby zamawiający miał podstawę do zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy w celu ustalenia, która ze sprzecznych ze sobą treści odpowiada rzeczywistej woli firmy D.. Wyjaśnianiu takich okoliczności służy właśnie art. 87 ust. 1 ustawy. Nie jest to wyjaśnienie nie dopuszczalne, gdyż nie prowadzi do zmiany treści oferty, a służy ustaleniu, które z dwóch oświadczeń zawartych w treści oferty odzwierciedla rzeczywistą wolę wykonawcy. Tym samym zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 1 ustawy. Zamawiający jednocześnie po ustaleniu, która z treści oświadczeń złożonych w ofercie odwołującego jest zgodna z jego oświadczeniem woli miał na podstawie załącznika 2A do OPZ uzupełnionego przez firmę D. wszystkie niezbędne dane, aby usunąć treść sprzeczną i w ten sposób dokonać poprawy oferty firmy D.. Izba zwraca uwagę odwołującego na to, że w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie ma mowy o oczywistości omyłki, może być to omyłka nieoczywista, ważne,

---

żeby jej poprawa nie powodowała istotnych zmian w treści oferty, co w ocenie Izby miało miejsce w badanym stanie faktycznym. Zamawiający bowiem ustalając, że oświadczenie o woli realizacji zakresu opcjonalnego wynikające z pkt. 3-5 formularza ofertowego i załącznika 2A do OPZ jest oświadczeniem zgodnym z rzeczywistą wolą firmy D., mógł już bez uciekania się do dalszym wyjaśnień tego wykonawcy samodzielnie poprawić ofertę odwołującego w zakresie pkt. 1 formularza ofertowego przyjmując za dane wyjściowe informacje o cenach jednostkowych i ilościach za poszczególne lata podanych w załączniku nr 2A do OPZ. Nie uległa zmianie wartość globalna oferty, ani jej ceny jednostkowe. W ocenie Izby nie ma

zakazu dokonywania poprawy omyłek innych niż oczywista omyłka pisarska i rachunkowa także dotyczących kryterium oceny ofert, o ile nie dochodzi w ten sposób do wytworzenia nowego oświadczenia woli, które nie tkwiło pierwotnie w złożonej ofercie, a w ocenie Izby taka sytuacja miała miejsce w niniejszym postępowaniu. Z załącznika 2A do OPZ wynika bowiem jednoznacznie wartość netto zakresu podstawowego oferowanego przez wykonawcę jak i wartość netto zakresu opcjonalnego, jak również wartość netto łącznie, a stawka podatku VAT nie była sporna pomiędzy stronami. Biorąc powyższe pod uwagę Izba oceniła, że zamawiający prawidłowo zastosował art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz prawidłowo zaniechał zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a w konsekwencji w ocenie Izby nie da się zamawiającemu przypisać naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, ani art. 91 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 3 pkt. 1 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 ze zm. Z 2017r. poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz nakazując odwołującemu dokonanie zwrotu na rzecz zamawiającego kosztów związanych z kosztami zastępstwa prawnego w kwocie 3 600zł., kosztami dojazdu w łącznej kwocie 600zł., zgodnie ze złożonymi fakturą, rachunkami i zestawieniem kosztów.

Przewodniczący: ……
Członkowie: ……
……