Sygn. akt: KIO 1658/15

WYROK
z dnia 12 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 12 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Centrum Nowoczesnych Technologii S. A. (lider – pełnomocnik), H. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany „TACZBUD" H. T., M. T.prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TACZBUD BIS M. T.** z siedzibą dla lidera **ul. Partyzantów 11, 41-200 Sosnowiec**
w postępowaniu prowadzonym przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Podchorążych 33, 85-915 Bydgoszcz**
przy udziale wykonawcy **ALSTAL GRUPA BUDOWLANA Sp. z o.o., Sp. k., Jacewo 76, 88-100 Inowrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Centrum Nowoczesnych Technologii S. A. (lider – pełnomocnik), H. T.i prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany „TACZBUD" H. T., M. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TACZBUD BIS M. T. z siedzibą dla lidera ul. Partyzantów 11, 41-200 Sosnowiec** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Centrum Nowoczesnych Technologii S. A. (lider – pełnomocnik), H. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany „TACZBUD"**

H. T., M. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TACZBUD BIS M. T. z siedzibą dla lidera ul. Partyzantów 11, 41-200 Sosnowiec tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Bydgoszczy.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt KIO 1658/15

Uzasadnienie

Zamawiający: Rejonowy Zarząd Infrastruktury ul. Podchorążych 33 85-915 Bydgoszcz prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn:
Element I - Budowa budynku sztabowo - koszarowego Ośrodka Szkolenia Kierowców dla potrzeb Centrum Szkolenia Logistyki w Grudziądzu na terenie kompleksu wojskowego w m. Grupa-zadanie 11610
Element II - Budowa budynku sztabowo - koszarowego Ośrodka Szkolenia Kierowców dla potrzeb Centrum Szkolenia Logistyki w Grudziądzu na terenie kompleksu wojskowego w m. Grupa-zadanie 11611 (spr. nr WB/PN/13/R/3)

Odwołujący: Konsorcjum w składzie: Centrum Nowoczesnych Technologii S.A. ul. Partyzantów 11 41-200 Sosnowiec (Lider-pełnomocnik), Zakład Ogólnobudowlany "TACZBUD", H. T., Skurgwy 17,86-318 Rogoźno oraz TACZBUD BIS M. T. ul. JODŁOWA 16

, 86-300 GRUDZIĄDZ wniósł odwołanie od czynności odrzucenia jego oferty zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt.2), pkt. 3), art. 89 ust. 1 pkt. 2), art. 91-92 względem badania i braku oceny oferty oraz wskazania wadliwego wyniku postępowania.
Kwestionuje przyjęcie przez zamawiającego że oferta podlega odrzuceniu oraz nie podlega punktacji (ocenie) ofert.
Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący, wskazał, co następuje.
Wg ustaleń odwołującego jego oferta nie podlega odrzuceniu, posiada oczywiste omyłki pisarskie, wyraża on zgodę na poprawienie nieistotnej omyłki opisu formularza ofertowego zamówienia nie powodującej istotnej zmiany treści oferty w zakresie wskazanych w odrzuceniu oferty pozycji formularza ofertowego.
Jako podstawę odrzucenia oferty Konsorcjum z w/w postępowania Zamawiający przyjął błędny formularz ofertowy niezgodny z modyfikacją z dnia 3.06.2015r - pisma nr 3338/15. Nowy formularz różnił się od poprzedniego tylko jedną pozycją w zadaniu 11610- w pozycji Element III - wyposażenie: cena brutto / z 23% VAT/ i w zadaniu 11611- w pozycji Element III - wyposażenie: cena brutto / z 23% VAT/.
Modyfikacja ta nie objęła wzoru umowy o dane zamówienie publiczne, gdzie Zamawiający podtrzymał dotychczasowe zapisy spójne ze starym formularzem ofertowym:
1. Za wykonanie przedmiotu umowy strony ustalają wynagrodzenie ryczałtowe w rozumieniu przepisów art. 632 ustawy z dnia 23.04.1964 r. Kodeksu cywilnego (Dz. U. z 1964 r. nr 16, poz. 93 z późn. zm.), w wysokości:

---

1) Zadanie 11610:
- brutto zł, słownie złotych: /1 00
- podatek VAT 23% /100 zł słownie złotych:
- netto zł, słownie złotych: /100, w tym:
a) element I; brutto: zł zł netto:
b) element II: brutto: zł zł netto:
c) element III: brutto: zł ...zł netto:
2) Zadanie 11611:
- brutto zł słownie złotych: /100 - podatek VAT 23% zł słownie złotych: /100
- netto zł słownie złotych: /1 00, w tym:
a) element I: brutto: zł zł netto:
b) element II: brutto: zł zł netto:
c) element III: brutto: zł zł netto:
3) łączna wartość przedmiotu umowy (zadanie 11610, zadanie 11611):
- /100 brutto zł słownie złotych:
- podatek VAT 23% zł słownie złotych: /100
- netto zł słownie złotych: /100
Tym samym w danym siwz wprowadzono sprzeczność w elemencie zapłaty względem formularza ofertowego- co stanowi, że nie doszło do pełnej modyfikacji zapisów siwz.
Odnosząc się powyższego zwraca uwagę na wyrok KIO/UZP 1086/09, w którym Izba uznała, iż „skoro treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wymogu) nie jest do końca zrozumiała, a więc może mieć więcej niż jedną poprawną interpretację, trudno mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji.
Ponadto stosownie do treści wyroku KIO/UZP 1031/09, „w związku z tym że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym, to z nieprecyzyjnych zapisków SIWZ i niepoprawnych językowo Zamawiający nie ma prawa wywodzić ujemnych skutków dla wykonawców”.
Uwzględniając powyższe okoliczności, wobec faktu nie uzasadnienia przez Zamawiającego rzekomej niezgodności oferty Odwołującej z treścią SIWZ należy domniemywać, iż wymogi określone w SIWZ w przedmiotowym zakresie były niejasne i mogły mieć więcej niż jedną poprawną interpretację.
Również ostatnie orzecznictwo podtrzymuje daną linię orzecznictwa: Sygn. akt: KIO 82/14, treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza więc porównanie, przy czym badanie i ocenę ofert powinien zamawiający przeprowadza z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego

rodzaju niedopowiedzenia niejasności ,(doprecyzowania, zawarte w postanowieniach SIWZ\ należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To bowiem zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia siwz były jednoznaczne i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury
Wnoszący odwołanie podkreśla, że „za prawidłowe uzasadnienie odrzucenia oferty, nie można poczytywać przytoczenia treści art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. ” Takiemu stanowisku dał wyraz wyrok KIO/UZP 949/09
Odwołująca popełniła nieistotną poprawialną pomyłkę w treści formularza ofertowego, pomijając pozycję wyposażenia.
Pomyłka ta została spowodowana treścią oferty podwykonawcy wyposażenia - w załączeniu, który skwalifikował to zadanie na stawce VAT 8% - tak samo jak Zamawiający w poprzednim formularzu.
Jeżeli jest to błąd, to jest on poprawialny instytucją art. 87 ust. 2 pkt. 3) ustawy- czego zaniechał Zamawiający.
Nie bez znaczenia jest fakt, że ze wcześniejszych modyfikacji wynika, że Zamawiający dla zadań 11610 i 11611 nie ustanowił odrębnych załączników wyposażenia / ale wymaga ceny wyposażenia w formularzu ofertowym, która niczemu nie służy ani na etapie składania ofert ani na etapie realizacji zamówienia/.
Ponadto, Zamawiający zapisami siwz nie dopuszcza jakichkolwiek zmian w wyposażeniu względem wskazanych pomieszczeń i ilości.
1. Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, za wyjątkiem niżej określonych możliwości i warunków dokonania takiej zmiany:
1) Zamawiający przewiduje możliwość zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy, jeżeli dochowanie terminu określonego w umowie jest niemożliwe z uwagi na:
a) siłę wyższą, określoną w § 27 lub inne okoliczności niezależne od Zamawiającego, w tym takie, których Zamawiający przy zachowaniu należytej staranności nie był w stanie uniknąć lub przewidzieć jak również inne przeszkody lub utrudnienia w wykonywaniu przedmiotu umowy spowodowane przez osoby trzecie;
b) rozszerzenie zakresu rzeczowego zamierzenia w wyniku wprowadzenia zmian przez przyszłego Użytkownika, które jest związane ze zmianami funkcjonalnymi lub organizacyjnymi wynikłymi w trakcie realizacji zamierzenia;
c) udzielenie zamówienia dodatkowego na podstawie odrębnej umowy, którego wykonanie wpływa na zmianę terminu wykonania zamówienia podstawowego w ramach każdego z zadań oddzielnie;

d) konieczność dokonania dodatkowych uzgodnień dokumentacji projektowej narzuconych przez instytucje wojskowe i organy administracji państwowej lub samorządowej w trakcie realizacji zamierzenia;
e) jakiekolwiek opóźnienia, utrudnienia lub przeszkody spowodowane przez Zamawiającego lub dające się przypisać Zamawiającemu, personelowi Zamawiającego lub innemu Wykonawcy wprowadzonemu przez Zamawiającego,
2) Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany wynagrodzenia brutto, w przypadku zmiany przepisów obowiązujących dotyczących podatku od towarów i usług,
3) Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany w szczegółowym harmonogramie realizacji i finansowania przedmiotu umowy bez zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy w przypadku zmiany warunków finansowania lub zaistnienia innych niezależnych od niego czynników,
4) Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany osób reprezentujących którąkolwiek ze stron oraz personelu Zamawiającego i Wykonawcy wymienionych w § 8 i 9,
5) Zamawiający przewiduje możliwość wprowadzenia lub zmiany podwykonawców na zasadach określonych w § 11, jak również zmiany zakresu robót wykonywanych za pomocą tych podwykonawców,
6) Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany dotyczącej nr konta

bankowego i danych adresowych którejkolwiek ze stron,
7) Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany aktów prawnych przytoczonych w niniejszej umowie,
8) Zamawiający przewiduje możliwość dokonania innych zmian, które nie są istotne w stosunku do oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy.
2. Dokonanie zmiany umowy w zakresie wynikającym z pkt 1 wymaga uprzedniego złożenia na piśmie prośby Wykonawcy wskazującej zasadność wprowadzenia zmian i zgody Zamawiającego na jej dokonanie lub przedłożenia propozycji zmiany przez Zamawiającego.
3. Prośba Wykonawcy dotycząca zmiany opisanej w pkt 1. ppkt 1 winna być złożona do Zamawiającego z minimum 14 dniowym wyprzedzeniem (data wpływu do Kancelarii Zamawiającego). Po tym terminie wnioski nie będą rozpatrywane.
4. Jakiekolwiek zmiany niniejszej Umowy nie powodują zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy, z zastrzeżeniem pkt 1 ppkt 2.
Poza jednym przypadkiem nie dotyczącym wyposażenia - jak wyżej- Zamawiający nie dopuszcza zmiany wynagrodzenia ryczałtowego nawet o grosz i to dotyczy również wymaganego wyposażenia w tym zamówieniu.
Tym samym wyodrębniona cena wyposażenia zadania 11610 i zadania 11611 nie wpływa w żaden sposób na realizację danego zamówienia ani na sposób jej rozliczenia - jest wręcz zbędna Zamawiającemu, tak jak to pokazał w pierwotnym formularzu ofertowym.

Nawet w przypadku odstąpienia od umowy Zamawiający nie przewidział rozliczenia wyposażenia:
1. Wykonawca zobowiązany jest do dokonania i dostarczenia Zamawiającemu inwentaryzacji robót wg stanu na dzień odstąpienia, potwierdzonej przez właściwych inspektorów nadzoru i zaakceptowanej przez zarządzającego.
2. Zaakceptowana przez zarządzającego inwentaryzacja robót stanowi podstawę do określenia wartości wykonanych robót oraz zakupionych materiałów i urządzeń nie nadających się do wbudowania w inny obiekt i upoważnia Wykonawcę do wystawienia odpowiedniej faktury.
Zdaniem Odwołującej, przy wynagrodzeniu w układzie ryczałt, zaoferowany został cały zakres zaprojektowanej i wymaganej roboty oraz poprawnie wyceniony, zgodnie z wymogami zapisów siwz.
Ponadto ofertę należy traktować jako kompleksowe oświadczenie woli w zakresie jej złożenia co do wykonania kompletnego zadania, co jednoznacznie wynika z formularza ofertowego załącznik do siwz:
Oświadczamy, ze cena oferty obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ,
Oświadczamy, ze zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (w tym ze Wzorem Umowy) i nie wnosimy do nich zastrzeżeń oraz przyjmujemy warunki w nich zawarte.
Zgodnie z linią orzekania pokazanej między innymi w wyrokach: KIO 2459/13,
Opisane instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, np. przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego.
Sygn. akt: KIO 2715/13, KIO 2718/13, KIO 2726/13, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2013 r. A
Ustawa przewiduje instrumenty służące odczytania treści złożonego oświadczenia woli wykonawcy- jeśli jest ono niejednoznaczne {instytucja wyjaśnień z art. 87 ust. 1 pzp także służące poprawieniu oferty - jeśli wprost nie odpowiada ona treści s.i.w.z. {instytucja poprawiania omyłek z art. 87 ust. 2 pkt 3/
Odwołujący złożył pełne oświadczenie woli dla poprawnej realizacji danego zamówienia.
Tym samym brak jest podstaw faktycznych do odrzucenia Naszej oferty.
Jeżeli Zamawiający miał tu wątpliwość w zakresie danych pozycji formularza ofertowego, to powinien skorzystać z regulacji art. 87 ust. 1- 2 ustawy- skorzystać z instytucji wyjaśnień i pomyłek - zamiast odrzucać Naszą ofertę.

Zastosowanie regulacji odrzucenia oferty, zgodnie z komentarzem Prawo Zamówień Publicznych pod redakcją T. Czajkowskiego z 2006r, ma miejsce w odniesieniu tylko do przedmiotu zamówienia:
„Treść oferty nie odpowiada treści SIWZ gdy została sporządzona niezgodnie z postanowieniami specyfikacji. Nie pozostaje w takiej niezgodności oferta wariantowa w zakresie, w jakim przedstawia odpowiadający istocie tej oferty, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia (patrz komentarz do art. 82) Zważywszy, że rozważany przepis dotyczy wyłącznie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a contrario należy przyjąć, że nie może on stanowić podstawy odrzucenia oferty w razie niezgodności formy oferty z postanowieniami specyfikacji"

Jak wykazano, Ustawodawca dopuszcza alternatywną formę opisu przedmiotu zamówienia. Gdyby Zamawiający skorzystał z instytucji wyjaśnienia treści oferty w zakresie pozycji wyposażenia, otrzymałby informację, ze dane wyposażenie w zadaniu 11612 jest ujęte w cenie oferty na stawce VAT 8% i dlatego zostało zbite z robotami w bryle budynku.
W sytuacji niejasności treści oferty Izba, pomimo tego że przepis ustawy stanowi o możliwości, nakazuje wyjaśniania tych treści, zamiast automatycznego odrzucania oferty:
Sygn. akt: KIO 2971/13, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2014 r.
Co do możliwości zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to zgodzić należy się z Odwołującym, iż wezwanie w powyższym trybie byłoby niemożliwe, gdyby oferta jednoznacznie, bez wątpliwości wskazywała na niespełnianie wymagań SIWZ. Wówczas jakiekolwiek wyjaśnienia prowadziłyby do zmiany treści oferty, co na gruncie Pzp uznać należy za sytuację niedopuszczalną. Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, że z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Nie jest bowiem do końca pewne, czy oferta wykonawcy nie odpowiada zapisom SIWZ i dlatego też konieczne jest wyjaśnienie tego stanu niepewności. Takim właśnie okolicznościom towarzyszy możliwość skorzystania z art. 87 ust 1 ustawy Pzp. Złożcie wyjaśnienia nie muszą prowadzić do zmiany treści oferty
Sygn. akt: KIO 82/14, Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający ma prawo żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty
KIO 2459/13, Możliwość wyjaśniania treści ofert istnieje zgodnie z ustawą jedynie wówczas, nie prowadzi do zmiany treści tej oferty. W ocenie Izby sytuacja, w której w wynik wyjaśnień dochodziłoby do uzupełnienia deklaracji wykonawcy w przedmiocie zamówienia danej funkcjonalności, prowadzi do istotnej zmiany treści oferty, wpływającym na wysokość przyznanej wykonawcy punktacji i może wpłynąć takie na miejsce danej oferty w rankingu ofert, a to przekłada się już bezpośrednio na wynik postępowania.

Zatem z w/ wyrokami, Nasze wyjaśnienia w żaden sposób nie wpłynęłyby na treść oferty, zmianę jej ceny a tym samym punktacja rankingu ofert wpływając na wynik postępowania.
Nie bez znaczenia jest fakt zastosowania przez ustawodawcę art. 87 ust. 2 pkt. pkt. 3) ustawy, który ma zastosowanie do tego postępowania w środku ochrony prawnej:
„Zamawiający poprawia w ofercie: ...inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty....
Zamawiający bez udziału Odwołującej może dokonać poprawki Naszej oferty dopisując w pozycję formularza ofertowego zadania 11610, zadania 11611 - Element III - zamiast treści:
Roboty w bryle budynku - treść - Roboty w bryle budynku wraz z wyposażeniem
Roboty w bryle budynku: cena brutto / z 8% VAT/ - Roboty w bryle budynku: cena brutto / 8%/23% z VAT/ nie zmieniając ceny brutto oferty w tej pozycji cenowej Elementu III
lub po uzyskaniu Naszych wyjaśnień w zakresie ceny wyposażenia:
Roboty w bryle budynku: cena brutto /z 8% VAT/ - 10.512154,42 zl Cena netto - 9733476,31 zł
Wyposażenie: cena brutto / z 23% VAT/- 369000,00 zł Cena netto- 300000,00 zł nie zmieniając ceny brutto oferty w tej pozycji cenowej Elementu III danych zadań i tym samym nie zmieniając nawet o grosz ceny końcowej za całość dwóch zadań - ceny końcowej oferty, co jest zgodne z postanowieniem SN w zakresie poprawienia ceny oferty w zakresie stawki VAT.
Jeżeli Zamawiający stoi na stanowisku, że wyposażenie winno być na 23 % VAT to winien

po wyjaśnieniu z art. 87 ust. 1 w zakresie ceny wyposażenia - poprawić Nam cenę w tej pozycji z 8% VAT na 23% VAT, zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego:
Sąd Najwyższy odpowiadając na pytanie prawne podjął uchwałę, ze określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych).
Uzasadniając powyższą uchwałę Sąd Najwyższy wskazał, że obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny poprawności przedstawionych przez wykonawców cen w zakresie zastosowania stawki podatku VAT. O porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny można bowiem mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zastosowaniem tych samych reguł.
I tak przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek poprawienia oferty w zakresie obliczenia ceny, w przypadku wystąpienia innej omyłki polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki podatku VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Przypadek taki może wystąpić jedynie wówczas, gdy zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VA T, o ile omyłka polegająca na

takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian treści oferty. Natomiast w sytuacji, gdy zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT, wówczas nie występuje inna omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, z uwagi na fakt, iż w takim przypadku brak jest ustawowej przesłanki niezgodności oferty z SIWZ.
W przypadku, gdy zamawiający nie określił w SIWZ konkretnej stawki podatku VAT, przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT jest równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. W takim przypadku znajduje zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP skutkujący odrzuceniem oferty zawierającej cenę obliczoną z nieprawidłową stawką podatku VA T (błąd w obliczeniu ceny).
Poprawianie innych omyłek, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty:
Sygn. akt: KIO 2203/13, KIO 2206/13, Wyrok KIO z dnia 2 października 2013 i.
Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, do którego odsyła art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ\ niepowodującej istotne- zmiany w treści oferty. Izba podziela stanowisko odwołującego, że zaistniała niezgodność jest nieistotna zarówno pod względem przedmiotowym jak i finansowym. Jak obliczył zamawiający, czego odwołujący nie kwestionował, dla zapewnienia codziennej kontroli, w ofercie odwołującego (...) brakuje 8 zestawów. Zatem zamiast 216 zestawów należało zaoferować 224, co należy uznać za zmianę nieistotną przedmiotowo nawet w stosunku do tej pojedynczej pozycji asortymentowej. W ocen Izby niedobór jest drobny również w aspekcie finansowym. Brakujące 8 opakowań o wartości 583,20 zł daje bowiem różnicę w cenie ofertowej na poziomie 4 665.6 zł. Wobec powyższego, nakazano zamawiającemu dokonanie zaniechanej czynność poprawy omyłki.
Sygn. akt: KIO 2366/13, KIO 2370/13, Zdaniem Izby w rozpatrywanym stanie faktycznym zaistniały obie przesłań uprawniające do zastosowania art 87 ust, 2 pkt 3 ustawy Pzp. Po pierwsze: okoliczności sprawy wskazują, że niewątpliwie mamy do czynienia z niezgodnością treść oferty z treścią SIWZ, która ma charakter niezamierzonego działania wykonawcy. Powstała omyłka jest następstwem niezgodności istniejącej w dokumentacji przygotowanej przez samego zamawiającego i rozbieżności w danych zawartych w kosz torysach ślepych oraz projekcie, na które to niezgodności wskazywał jeden z wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Udziel odpowiedzią z dnia 18.09.2013 roku zamawiający nie dokonał zmiany opisu pozycji kosztorysowych, nie przedstawił wykonawcom nowych kosztorysów ślepych! ale wskazał jednoznacznie, że szynoprzewody powinny mieć obciążalność 32001 W ocenie Izby, zamiarem wykonawców, składających oferty i działających w zadaniu do dokumentacji przygotowanej przez

zamawiającego było złożenie ofert zgodnych z oczekiwaniami zamawiającego.
Niekonsekwentne działanie zamawiające- polegające z jednej strony na wskazaniu, że

szynoprzewody winny mieć obciążalność 32001, a z drugiej brak przekazania kosztorysów ślepych z naniesioną zmianą zgodną z udzieloną odpowiedzią z dnia 18.09.2013, mogło niewątpliwie wpływ na poprawność sporządzenia ofert przez wykonawców. Po drugie: poprawienie omawianej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty przez co wypełniona jest przesłanka druga umożliwiająca zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Poprawie będzie podlegać opis kilku z kilkuset pozycji kosztorysowych, a dokonani poprawa w stosunku do całego świadczenia wykonawcy nie ma istotnego znaczeni Izba podziela także pogląd prezentowany przez odwołującego (...) Sp. z o.o., w trybie art 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp dopuszczalne jest dokonywanie popraw omyłek, nawet w sytuacji gdy poprawa ta dotyczy elementów przedmiotowo istotnych (essentialia negotii), w tym przypadku przedmiotu zamówienia.
Sygn. akt: KIO 2907/13, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2014 r.
Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego omyłka, o której mowa w ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, może być wynikiem zarówno nieprawidłowej treści samego zakresu zamówienia, jak również interpretacji wyjaśnień dokonanych \ podmiot zamawiający - wystarczy zatem, że nie będzie to celowe działanie wykonawcy, lecz będzie to czynność niezamierzona. Nie sposób zatem uznać, jaki Zamawiający, iż wprowadzenie przez tego ostatniego wykonawców w błąd je, że niezgodności te tracą przymiot omyłek na skutek „ świadomego działaniem wykonawców pod wpływem błędu wywołanego niepoprawnymi wyjaśnienia " rodzaju argumentacja powodowałaby, iż mielibyśmy do czynienia z zupełnie pojęciem „świadomego działania pod wypływem błędu" - co trudno sobie wyrazić odnosząc tego rodzaju konstrukcję semantyczną do Działu IV ustawy Kc zatytułowanego „ Wady oświadczenia woli" i wypracowanego w obrębie zawartych tam przepisów stanowiska orzecznictwa i doktryny.
Wobec powyższego tytko świadome działanie wykonawcy powoduje, mamy do czynienia z omyłką w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazał w uzasadnieniu prawnym wyroku z dnia 29 stycznia 2010 r. Sąd okręgowy w Krakowie (sygn. akt XII CA 429/09), gdzie czytamy, iż:
„Artykuł 87 ust 3 pzp wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany mieścić się w pojęciu „ omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jak: w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp.
Sygn. akt: KIO 2976/13, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2014 r.

Izba wskazuje, że celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest wypełnienie sytuacji, w których z powodu nieistotnych omyłek w treści oferty, odrzuceniu podlegałaby oferta gwarantująca realizację zamówienia zgodnie z SIWZ zamawiającego (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 3 2010 r. Sygn. akt XII Ga 429/09). Przepis ten ma umożliwić udzielenie zam. publicznego wykonawcom, którzy złożyli oferty zawierające omyłki, których poprawa nie wpływa w istotny sposób na zmianę treści oferty, a jego zastosowanie niezależne od charakteru wynagrodzenia, przewidzianego w danym poster o zamówienie publiczne. Przepis ten obliguje zamawiającego do poprawi* zgodności treści oferty z treścią SIWZ, jeśli zachodzą łącznie dwie okoliczne niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter omyłki i 2) poprawienie tej omyłki spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Ocenę czy owe przesłanki zaistniałym stanie faktycznym należy dokonywać mając na uwadze konkretne okoliczności sprawy (ad casum).
Uwzględniając powyższe, Izba doszła do przekonania, iż w rozpatrywanym nie faktycznym ziściły się obie przesłanki uprawniające zamawiającego do wykonania dyspozycji art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Po pierwsze: okoliczność wskazują, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma charakter niecelowego działania wykonawcy. Powstała omyłka jest następstwem niezamierzonego błędu osoby sporządzającej kosztorys ofertowy i wynika z przeniesienia -a kolejną stronę poz. 113, której wycena z uwagi na umiejscowienie na tej stronie stała omyłkowo pominięta. Po drugie: poprawienie omawianej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, bowiem cena jednostkowa niewycenionej pozycji 113 wynosi 15 zł netto, a poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 wy Pzp spowoduje zwiększenie łącznej ceny oferty jedynie o 348, 62 zł brutto, przy cenie oferty wynoszącej 2 430 206, 09 zł stanowi nieistotną zmianę treści ofrty. Poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy

Pzp nie wpłynie na king ofert złożonych w pakiecie 1 zamówienia. Izba wskazuje także, iż poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest możliwe samodzielnie przez Zamawiającego
Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 11/09; (...) Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp daje zamawiającemu możliwość poprawienia w ofercie innych, niż oczywiste omyłki pisarskie, omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz, z zastrzeżeniem, że nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty (...) sposób spłaty wierzytelności wynikającej z realizacji zamówienia jest istotny dla Zamawiającego, który przez ukształtowanie postanowień siwz nadal mu walor essentialia negotii umowy w sprawie zamówienia publicznego. Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Ustalenie wysokości faktur oraz dat ich wystawienia i realizacji stanowi element

oświadczenia woli wykonawcy. Porozumiewanie się w tej mierze zamawiającego z wykonawcą stanowiłoby niedozwolone negocjacje dotyczące treści oferty (art. 87 ust. 1 zdanie 2 in initio Pzp) (...) „oczywistość ” omyłki rachunkowej winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty. W okolicznościach sprawy podstawą do ingerencji Zamawiającego stanowiłyby dopiero wyjaśnienia udzielone na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp;
Wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2009 r., sygn. akt 5/09; (...) Wobec braku zobowiązania do wskazywania w kosztorysie uproszczonym ceny w rozbiciu na podane wyżej składniki Izba uznała, iż Zamawiający w sytuacji, gdy powziął wątpliwości w zakresie uwzględnienia w cenie zaoferowanej przez Odwołującego wymaganego współczynnika M czy S, powinien zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie, po dokonaniu oceny złożonych wyjaśnień, podjąć ostateczną decyzję co do prawidłowości dokonanych przez Odwołującego obliczeń. (...) żądanie wyjaśnień, o których mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie jest obowiązkiem Zamawiającego, jednak w sytuacji, gdy wątpliwości Zamawiającego rzutują na wynik postępowania, powinny one zostać wyjaśnione (...) W ust. 2 art. 87 ustawy Pzp nałożono na zamawiającego obowiązek poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty. W ocenie Izby, z całą pewnością nie sposób stwierdzić, iż opisane powyżej uchybienie Odwołującego stanowi oczywistą omyłkę pisarską bądź oczywistą omyłkę rachunkową. Oczywistość danej omyłki powinna bowiem nasuwać się każdemu bez potrzeby przeprowadzania jakichkolwiek ustaleń w tym zakresie. Izba dała wiarę oświadczeniu Odwołującego, iż wartość ww. pozycji, a tym samym zaoferowanej ceny całkowitej wzrosłaby po uwzględnieniu współczynnika R=1,5 o 4,90 zł, a Zamawiający był w stanie, wobec współczynników do M-0 i S=0 samodzielnie, dokonując stosowanych obliczeń, dokonać zmiany w kosztorysie. Biorąc pod uwagę fakt, iż z okoliczności przedmiotowego postępowania wynika zamiar złożenia przez Odwołującego oferty zgodnej z wymogami Zamawiającego w powyższym zakresie, a także okoliczność, iż Zamawiający posiada wszystkie dane do dokonania poprawy kosztorysu w ww. pozycji 17, w związku z czym nie będzie zmuszony w sposób istotny ingerować w treść oferty, Izba uznała, że powyższe uchybienie stanowi omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodującą istotnej zmiany w treści oferty i powinna zostać przez Zamawiającego poprawiona zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.
Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2009 r., sygn. akt 16/09; (...)w ofercie Odwołującego występuje rozbieżność co do zadeklarowanego przez Odwołującego terminu realizacji zamówienia. Nie jest to jednak oczywista omyłka pisarska, o której stanowi art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp. Rozbieżność w ofercie Odwołującego, polegająca na podaniu, oprócz terminu zgodnego z

żądaniem Zamawiającego, innego terminu stanowi, w okolicznościach niniejszej sprawy, omyłkę o której mowa w art. 87 ust. 2pkt 3 Pzp, tj. „ inną omyłkę” polegającą na niezgodności oferty ze SIWZ, nie powodującą istotnych zmian w treści oferty (...) przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp obliguje Zamawiającego do poprawiania w toku postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego omyłek w treści oferty, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności: stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty ze SIWZ ma charakter omyłki i poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty; Odwołujący wykazał w treści odwołania i na rozprawie, iż złożone przez niego w treści oferty oświadczenia wskazują na wypełnienie wszystkich wymogów i warunków określonych w SIWZ dotyczących terminu wykonania zamówienia. Wynika to z całości treści oferty, w tym z oświadczeń złożonych w formularzu ofertowym;
Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 21/09, 38/09, 41/09; (...) Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż błąd w opisie pozycji kosztorysowej dyskwalifikuje ofertę. W żaden sposób nie można też mówić, w tych okolicznościach o ofercie wariantowej. Prawdą jest, że Zamawiający w piśmie z dnia 26 listopada 2008 r., udzielając odpowiedzi na pytanie 14, wskazał, że dla wyceny robót budowlanych (poz. 6, 7, 8) należy przyjąć beton klasy B-30. Odwołujący się we wskazanych opisach pozycji kosztorysowych nie uwzględnił przedmiotowej okoliczności, jednakże błąd ten mieści się w kategorii omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Wymaga zatem poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
Wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2009 r., sygn. akt 59/09; (...) z uwagi na treść aktualnie obowiązującego przepisu art.87 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp o obowiązku Zamawiającego poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego decyduje wpływ poprawienia tej omyłki na treść złożonej oferty. Z uwagi na to, że omyłka dotyczyła opisu pozycji w kosztorysie ofertowym to była związana z oferowanym przedmiotem zamówienia, który z rzeczy samej jest istotnym elementem oferty. Niemniej zakres omyłki w jednej pozycji opisu kosztorysowego w stosunku do całego zakresu kosztorysowania robót objętych przedmiotem zamówienia ma znaczenie w ocenie Izby marginalne i zobowiązuje Zamawiającego do jej poprawienia;
Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 88/09, 89/09; (...) Izba uznała, iż składający ofertę złożył oświadczenie woli w zakresie przyjęcia w pełni wszystkich warunków umownych przedstawionych przez Zamawiającego, w tym dotyczących terminu zapłaty. Powyższe wynika z analizy zapisu § 9 ust. 2 wzoru umowy w związku z pkt 11 załącznika nr 1 do SIWZ. Wobec powyższego Zamawiający ma prawo uznać, iż mimo, że w samym formularzu ofertowym NIRO Sp. z o. o. nie wpisało terminu płatności (puste miejsce w pkt 8), to jednak z treści pozostałych dokumentów i oświadczeń złożonych w treści formularza

---

oferty, wynika, iż ma podstawę do uzupełnienia w tym zakresie formularza oferty i zawiadomienia o tym Wykonawcy, którego oferta została poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zdaniem Izby, z taką sytuacją mamy do czynienia w tym stanie faktycznym. Wskazuje na to także komentarz do powołanej nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, wydany przez Urząd Zamówień Publicznych:,, można poprawiać 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 ” (Komentarz Prawo Zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r., s. ¡18);
Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2009 r., sygn. akt KIO 134/09; (...) Zamawiający podniósł, iż niepoprawność kwestionowanej pozycji kosztorysu ofertowego powstała na skutek okoliczności zawinionych przez Odwołującego, który nie zapoznawał się na bieżąco ze stroną internetową Zamawiającego, na której zamieszczono modyfikację SIWZ (...) stwierdzić należy, że ustawodawca nie uzależnia ustalenia istnienia omyłki od stopnia zawinienia wykonawcy, który na taką omyłkę się powołuje. Istotnie poprawienie poz. 20 kosztorysu ofertowego, będącego załącznikiem do oferty złożonej przez Odwołującego, zmieni cenę oferty. Jednak cena ta nadal będzie ceną najniższą, a poprawiona kwota w odniesieniu do kwoty zamówienia nie będzie istotną (wartość podstawowa zamówienia - 1.734.690,78 zł. netto; różnica w cenie oferty Odwołującego 22.665,30zł.). Zmiana w ofercie Odwołującego zostanie dokonana z danych już zawartych w ofercie, z uwzględnieniem konsekwencji działań arytmetycznych, a dokonana zmiana będzie zmianą jedynie ilościową,

wynikającą z uzgodnienia ilości wynikających z SIWZ z ilościami wynikającymi z oferty Odwołującego. Taka czynność Zamawiającego doprowadzi więc ofertę Odwołującego do porównywalności z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu (...) stwierdzić, że uzgodnienie treści oferty z treścią SIWZ w sposób wyżej opisany jest uprawnione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, a odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp było przedwczesne;
Wyrok KIO z dnia 26 lutego 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 157/09, 159/09, 174/09; (...) Oceniając zarzut zaniechania dokonania czynności poprawienia omyłek polegających na niezgodności treści oferty konsorcjum X ze specyfikacją zważyć należało, iż niesporne jest, że w złożonej ofercie Odwołujący nie uwzględnił zmian do SIWZ zamieszczonych przez zamawiającego na stronie internetowej. Zatem treść oferty zawarta w kosztorysie ofertowym instalacji wodno-kanalizacyjnej wynika z faktu nie uwzględnienia modyfikacji treści SIWZ

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Różnice polegają na zaoferowaniu odmiennych ilości kompletów, sztuk i zastosowaniu innego materiału i wskazują na złożenie oferty do specyfikacji o treści odmiennej od obowiązującej w dacie składania ofert. Powstałej rozbieżności skład orzekający nie przypisuje charakteru omyłki stwierdzając, że nie każda niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może być uznana za efekt omyłki. W przedmiotowej sprawie wykonawca nie zachowując należytej staranności w profesjonalnym obrocie zaniechał uwzględnienia zmian SIWZ przy składaniu oferty. Zaoferowanie innych urządzeń sanitarnych niż wymagane przez zamawiającego stanowi niezgodność treści oferty w stosunku do wymagań specyfikacji. Doprowadzenie treści oferty do zgodności z siwz wymaga poprawienia zarówno nazwy urządzenia (materiału) jak i określenia odpowiednio właściwej, oferowanej przez wykonawcę ceny tego urządzenia. W ocenie składu orzekającego dokonanie takiej zmiany w treści oferty wykracza poza dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W konsekwencji należało uznać, że powstałe rozbieżności świadczą o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie mając charakteru omyłki możliwej do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Powyższą ocenę potwierdza dodatkowo fakt, że w przedmiotowym postępowaniu cena ofertowa jest ceną kosztorysową i ma zawierać wszystkie przewidywane koszty wyliczone na podstawie załączonych przedmiarów i zasad wyceny określonych w art. 8 SIWZ, a Zamawiający przewiduje również ewentualne udzielenie zamówienia na roboty dodatkowe lub uzupełniające, co w sytuacji braku wyceny wszystkich wymaganych pozycji kosztorysu uniemożliwić może również rozliczenie wykonanych etapowo robót. Tym samym, wobec braku podstaw zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, oferta została zasadnie odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy;
Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO 21/09, 38/09, 41/09; (...) błąd w opisie pozycji kosztorysowej nie dyskwalfikuje oferty. W żaden sposób nie można też mówić, w tych okolicznościach o ofercie wariantowej. Prawdą jest, że Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie X, wskazał, że dla wyceny robót budowlanych (poz. a,b,c) należy przyjąć beton klasy B. Odwołujący się we wskazanych opisach pozycji kosztorysowych nie uwzględnił przedmiotowej okoliczności, jednakże błąd ten mieści się w kategorii omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Wymaga zatem poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. (...) zamawiający nie miał obowiązku wzywać wykonawców do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Działanie powyższe nie znajduje uzasadnienia w sytuacji, kiedy konieczne jest dokonanie poprawienia omyłek w opisie pozycji kosztorysowych. Należy bowiem uznać, że wyrażenie zgody na poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w istocie skutkuje potwierdzeniem zakresu wycenionych robót. Skorzystanie więc z trybu wyjaśnień oferty

prowadziłoby do potwierdzenia okoliczności, które i tak musiałyby być potwierdzone na gruncie poprawiania omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2pkt 3 ustawy Pzp. Zaś dublowanie czynności nie ma jakiegokolwiek racjonalnego uzasadnienia;
Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2009 r., sygn. akt KIPO 88/09, 89/08; (...) składający ofertę złożył oświadczenie woli w zakresie przyjęcia w pełni wszystkich warunków umownych przedstawionych przez Zamawiającego, w tym dotyczących terminu zapłaty. Powyższe

wynika z analizy zapisu § 9 ust. 2 wzoru umowy w związku z pkt 11 załącznika nr 1 do SIWZ. Wobec powyższego Zamawiający ma prawo uznać, iż mimo, że w samym formularzu ofertowym X nie wpisało terminu płatności (puste miejsce w pkt 8), to jednak z treści pozostałych dokumentów i oświadczeń złożonych w treści formularza oferty, wynika, iż ma podstawę do uzupełnienia w tym zakresie formularza oferty i zawiadomienia o tym Wykonawcy, którego oferta została poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych - ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, stanowi, iż Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zdaniem Izby, z taką sytuacją mamy do czynienia w tym stanie faktycznym. Wskazuje na to także komentarz do powołanej nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, wydany przez Urząd Zamówień Publicznych: „ można poprawiać 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 łub nie dotyczy jej istotnych postanowień ” (Komentarz Prawo Zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r., s. 118).
Wskazujemy również na aktualne orzecznictwo w tym zakresie, które jest kontynuacją powyższego orzecznictwa: KIO 385/11, KIO 386/11, 393/11, 406/11, KIO 554/11, KIO 522/11, KIO 1459/10, KIO 1610/10, KIO 1778/10, KIO 2300/10 oraz szereg innych.
Również odrzucenie Naszej oferty nie znajduje podstawy prawnej w kontekście orzecznictwa: Sygn. akt: KIO 64/14, Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2014 r.
Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie opowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. ust. 2 pkt 3 Pzp. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi natomiast, że zamawiają- poprawia w ofercie 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. Dana niezgodność mogła być zakwalifikowana jako omyłka, możliwa do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3,

---

wystąpienie tej omyłki powinno być spowodowane niezamierzonym działaniem wykonawcy, wynikającym np. z przeoczenia, niedopatrzenia itp. Ponadto charakter omyłki nie może być istotny, a jej poprawienie winno być możliwe poprzez samodzielną czynność zamawiającego. Wprowadzone poprawki muszą stanowić odzwierciedlenie złożonego w ofercie oświadczenia woli wykonawcy,
Sygn. akt: KIO 2380/13, Wyrok KIO z dnia 21 października 2013 r.
Przy wykładni oświadczeń woli postuluje się życzliwą ich interpretację wspomagającą uznanie czynności prawnej za ważną. Stosowanie tej dyrektywy (nazywanej favor negotii, a w odniesieniu do umów favor contractusl oznacza preferowanie takiego znaczenia oświadczenia woli, które pozwala na utrzymanie czynności prawnej i uznanie jej za zgodną z prawem oraz skuteczną niż kwalifikowanie jej jako nieważnej czy nieskutecznej. Za przyjęciem takiej reguły przemawia przede wszystkim okoliczność, że z istoty swej oświadczenia woli składane są właśnie po to, aby wywołać określone skutki prawne.
Sygn. akt: KIO 2386/13, Wyrok KIO z dnia 22października 2013 r.
(...) Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przewidział wynagrodzenie kosztorysowe. Izba również potwierdziła tę okoliczność. Sam fakt przesądzenia przez Zamawiającego w dokumentacji dla danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako wiążącego wynagrodzenia kosztorysowego nie może automatycznie przesądzać o obowiązku załączenia do ofert składanych w tym postępowaniu kosztorysów ofertowych przez wykonawców. (...)
Zgodnie z przywołanym przez Zamawiającego wymogiem SIWZ opisanym w pkt XV ust. 3 pkt 1 lit. b) IDW, wykonawcy mieli obowiązek dołączyć do oferty kosztorysy ofertowe sporządzone na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 9 do IDW. Załącznik ten to Tabela elementów scalonych, w której Zamawiający oczekiwał wyceny trzech głównych rodzajów robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia. Odwołujący tej wyceny w we wskazanej Tabeli dokonał i załączył ją do swojej oferty. Odwołujący zatem wykonał wymogi SIWZ określone wprost w jej postanowieniach. Choć Tabela elementów scalonych z

pewnością kosztorysem ofertowym nie jest, to - zdaniem Izby - Zamawiający nie miał uprawnień do odrzucenia oferty Odwołującego, bowiem nie określił w SIWZ jednoznacznego wymogu dołączenia kosztorysu ofertowego do ofert wykonawców.
Sygn. akt: KIO 2443/13, Wyrok KIO z dnia 28 października 2013 r.
Z całą mocą podkreślić należy, że deklaracja wytwórcy o spełnianiu wymagań osadniczych przez wyrób medyczny musi dotyczyć produktu oferowanego przez Wykonawcę, a nie produktu, którego próbka została przedłożona (w sposób niezawiniony), celem potwierdzenia określonych parametrów.
Sygn. akt: KIO 2596/13, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2013 r.

18

Zamawiający wymagał zaoferowania notebooka o jasności ekranu o wartości mniejszej niż 300 nits. Ponadto zamawiający wymagał, aby zaoferowany notek spełniał wymagania normy Energy Star 5.0 [rozdz. 1 ust 8 str. 2 specyfikacji], również zamawiający zastrzegł, że zaoferowany przez wykonawcę model będzie ny [porównywany] przez zamawiającego na podstawie ogólnodostępnych parametrów technicznych z parametrami wymaganymi przez zamawiającego [rozdz. 1 15 str. 2 specyfikacji].
Odwołujący zaoferował notebook, który zgodnie z certyfikatem posiada jasność canu 220 nits. Same zapewnienia dostawcy, że zaoferowany sprzęt będzie spełniał jasności ekranu nie są wystarczające, bo muszą zostać poparte certyfikatem, odwołujący nie złożył na sprzęt z wymaganą jasnością ekranu, a także nie złożenia oświadczenia dostawcy, że sprzęt o tych wysokich parametrach będzie posiadać gany certyfikat.
W związku z tym skład orzekający Izby musi stwierdzić, że zamawiający w pełni nie stwierdził, że treść oferty odwołującego nie odpowiada i w tym zakresie d specyfikacji. Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający zasadnie uznał podstawie wyżej opisanych dwóch przyczyn, że treść oferty odwołującego nie odda treści specyfikacji i odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (..).
Sygn. akt: KIO 2676/13, Wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2013 r.
Art. 89 ust. 1 pkt 2 in initio Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty rej treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czynność odrzucenia oferty odpowiadała wymaganiom ustawy, niezgodność musi być, po pierwsze: odnoszona do merytorycznych wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, po drugie stwierdzona w sposób pewny. Odrzucenie oferty zamyka wykonawcy drogę do uzyskania zamówienia, nie może zatem opierać się na przypuszczeniach lub domysłach zamawiającego lub konkurującego wykonawcy, lecz musi być rzeczywiście.
Wątpliwości co do zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia uzasadnić mogą, co najwyżej, zwrócenie się do wykonawcy który daną ofertę złożył, o udzielenie wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 1 Pzp, nie zaś czynność odrzucenia oferty. Pogląd przeciwny nie znajduje oparcia w brzmieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i prowadzi do ograniczenia konkurencji w postępowaniu. Nie może zatem zasługiwać na akceptację, gdyż niweczy cel ustawy P zamówień publicznych. Celem tej ustawy jest efektywne i transparentne dokonanie wydatków publicznych w warunkach możliwie najszerszej konkurencji.
KIO 2478/13}. Nie ulega również wątpliwości, że niezależnie od charakteru godności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi postanowieniami s.i.w.z. (z uwzględnieniem wyjaśnień ich treści, których zamawiający udzielał w odpowiedzi na pytania wykonawców).

19

Jednakże nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie to podstawą odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią siwz. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru.
24. Sygn. akt: KIO 2825/13, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2013 r.
Przystępujący składając swoją ofertę nie odpowiedział na żądania zamawiają; w sposób prawidłowy. Wskazać należy, że bez znaczenia dla sprawy jest fakt, : zamawiający pracuje

od kilku lat na dostarczanych przez przystępującego testach jak też wykorzystuje dostarczony przez przystępującego analizator. Liczy się bo« < treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opracowana przez zamawia go, której treść wiąże na równi wszystkich uczestników przedmiotowego postępowania. Zwrócić bowiem uwagę należy na okoliczność, iż ocena ofert dokonana zamawiającego wprowadza dyskryminujące i nierówne traktowanie wykonawcy poprzez swobodną, nie popartą żadnymi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia ocenę, która to ocena doprowadziła de facto do wyboru wykonawcy, który nie wykazał, na etapie składania ofert, że przedmiot oferty odpowiada wymogom określonym przez zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
KIO 2822/13, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2014 r.
Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzuć oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zna: szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadny i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynika; z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania za wianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać na sporządzeniu i przedstawienia oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SI (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażę opisania i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymaga; co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na i konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami ca normami SIWZ.
1127. Sygn. akt: KIO 77/14, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2014 r.
Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Norma art. 89 ust. 1 pk ustawy Pzp odnosi się zaś do

merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności :do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego. W orzecznictwie lzby przyjmuje się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniania : uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 Kc., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z wymaganiami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje dla spełnienia swoich uzasadnionych potrzeb, zgodnie z postanowieniami SIWZ. Podstawowy dla przebiegu postępowania, jak i oceny oferty dokument, tj. specyfikacja istotnych warunków zamówienia, zawiera cały szereg wskazówek, co do obu przedstawienia oferty, od czysto formalnych, poprzez informacyjne, czy charakterze ubocznym, aż do postanowień istotnych dla oceny oferty, których spełnienie obliguje zamawiającego do jej odrzucenia. Postanowienia te można zaliczyć jako określające składniki treści czynności prawnej essentialia negotii (przedmiotowo istotne składniki treści czynności prawnej, naturalia negotii (przedmiotowo istotne składniki) oraz accidentalia negotii(nie wpływające na istotę czynności) w rozumieniu pojęć Kodeksu cywilnego.
Na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które mają pierwszeństwo zastosowania w odniesieniu do czynności stron z mocy art. 14 Pzp, przed pisami K.c. powyższy podział doznaje modyfikacji o tyle, że zamawiający w oparciu o własne zamierzenia, cele które chce osiągnąć wybierając najkorzystniejszą ofercie w wyniku rozstrzygnięcia przetargu, z góry w warunkach zamówienia ustala, jakie nogi mają dla niego wymiar istotny, których niespełnienie spowoduje odrzucenie Zamawiający może w SIWZ podnieść do rangi istotnych postanowień, ta- które w pojęciu cywilistycznym mieszczą się w określeniu accidentalia negotii, np. dotyczące terminu, czy oznaczonych klauzul umownych. Rzeczą oczywistą nie budzącą sporów, jest, że do istotnych warunków SIWZ, a zatem i oferty należą mówienia dotyczące ceny (cen) ofertowych, które będą przyjmowane do

rozliczenia stron, czy spełnienie parametrów granicznie wymaganych, oznaczenie zakresu przedmiotu zamówienia.
Sygn. akt: KIO 82/14, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2014 r.
...) treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza więc porównanie, przy czym badanie i ocenę ofert powinien zamawiający przeprowadza z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego

---

rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, doprecyzowania, zawarte w postanowieniach SIWZ, należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To bowiem zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia VZ były jednoznaczne i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury

Tym samym oferta nie podlega odrzuceniu.
2. Oceny ofert poprzez przyjęcie, że Nasza oferta nie podlega punktacji (ocenie).
Tymczasem oferta jest ważna z przyczyn wskazanych w pkt. 1 i tym samym powinna być poprawiona i brać udziału w punktacji (rankingu ofert), zmierzającym do wyłonienia najkorzystniejszej oferty.
Konsekwencja wadliwych w/w czynności Zamawiającego jest wskazanie wadliwego wyniku postępowania na innego wykonawcę, pomimo tego, ze w postępowaniu jest Nasza ważna oferta z ceną znajdującą się w środkach Zamawiającego.
Odwołujący nie przyjmuje argumentacji Zamawiającego pokazanej w odrzuceniu oferty.
Wbrew stanowisku Zamawiającego wskazane rozbieżności podlegają poprawieniu.
Działania zamawiającego naruszają:
art. 7, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt. 2), pkt, 3), art. 89 ust. 1 pkt. 2), art. 91 ust. 1, art. 2 pkt. 5, art. 146 ust. 1 ustawy, oraz przepisy ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie art. 17 i przepłaceniu zadania zamówienia publicznego o ponad 1.600.000,00 zł, co w dobie kryzysu finansów Państwa jest niedopuszczalne.
Wskazane wyżej czynności Zamawiającego naruszyły interes Odwołującego - Zamawiający w toku postępowania tego zamówienia publicznego zaniechaniem i swoimi wadliwymi czynnościami, naruszył artykuły ustawy co narusza zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania stron postępowania. Powyższe narusza dobre imię Odwołującej i naraża Ją na utratę sporych korzyści. To Nasza oferta jest ważna i najkorzystniejsza w tym postępowaniu.
Narusza to zasadę równego traktowania stron postępowania wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy, mogących zrealizować dane zamówienie publiczne zgodnie z prawymi wymogami Zamawiającego oraz narusza zasadę obiektywizmu i bezstronności.
Należy również wziąć pod uwagę, że z chwilą wejścia do Unii Europejskiej (UE) z dniem 01 maja 2004, władze Polski zobowiązały się do stosowania dyrektywy UE z dnia 21 grudnia 1989 r. nr 89/665/EWG dotyczącej koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane. Złożyły również deklarację, że polskie prawo jest zgodne z prawem UE. Z powyższego wynika, że dotychczasowa interpretacja interesu prawnego wykonawcy w postępowaniu o zamówienie publiczne w zakresie jego działań prowadzących do przeciwdziałania udzielenia zamówienia publicznego podmiotowi

---

nieuprawnionemu w konsekwencji naruszenia przepisów PZP, musi ulec zmianie i nie może być ograniczana do interesu prawnego uzyskania zamówienia w danym postępowaniu.
Art. 1 ust 3 Dyrektywy nr 89/665/EWG
Państwa członkowskie zapewnią, że środki odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które państwa członkowskie mogą wprowadzić, są dostępne co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku, gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. W szczególności, państwa członkowskie mogą wymagać od takiego podmiotu uprzedniego powiadomienia zamawiającego o domniemanym naruszeniu przepisów i o

zamiarze skorzystania ze środków odwoławczych.
Jak widać z treści powyższego artykułu dyrektywa nie ogranicza dostępu do środków odwoławczych tylko w przypadku naruszenia interesu prawnego, ale umożliwia taki dostęp przy naruszeniu każdego interesu.
Z tych względów Odwołująca wnosi o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności:
1. badania ofert - w następstwie której nastąpi przywrócenie oferty do postępowania,
2. oceny (punktacji ofert) - tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do jego oferty.
Załączono dokumenty: Wynik postępowania i oferta Oferta podwykonawcy na wyposażenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Alstal Grupa Budowlana sp. z o.o. spółka komandytowa z siedzibą Jacewie i wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Stwierdził, że po przeanalizowaniu zarzutów i argumentów zgodził się z nimi i dlatego po umorzeniu postępowania odwoławczego w przypadku braku sprzeciwu ze strony przystępujących do postępowania odwoławczego, unieważni i wykona czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem odwołania.

Wykonawca Alstal Grupa Budowlana sp. z o.o. spółka komandytowa z siedzibą Jacewie przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł sprzeciw co do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania i podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutów odwołania stwierdził, że choć uzasadnienie przyczyny odrzucenia oferty odwołującego nie jest rozbudowane, to zawiera wszelkie konieczne informacje dla odwołującego – podmiotu profesjonalnego na rynku właściwym.
Wskazał, że odrzucenie oferty dotyczyło niezgodności oferty z siwz niedającej się usunąć w trybie art. 87 ustawy pzp. Orzecznictwo przytoczone przez odwołującego uznał za niespójne z tezami odwołania. Zauważył, że istnieje linia orzecznicza KIO, zgodnie z którą, w przypadku gdy zamawiający przesądzi stawki VAT, ewentualne omyłki w tym zakresie powinny być przez zamawiającego poprawione. Wskazał jednak, że w tym wypadku nie mamy do czynienia z omyłką ws podatku VAT, a z brakiem kalkulacji istotnego elementu cenotwórczego w o ogóle, stąd orzecznictwo w tym zakresie nie ma znaczenia w sprawie.
Przystępujący zauważył, że nie można poprawić istotnych elementów oferty po jej złożeniu. Treść istotna powinna zostać nienaruszona. Za element istotny uznaje zmianę jednego z podstawowych elementów kształtujących cenę. Wskazał, że przy ocenie istotności zmian bierze się również pod uwagę możliwość samodzielnego poprawienia oferty przez zamawiającego, natomiast brak zadeklarowania wyceny wyposażenia nie może zostać uzupełniony przez zamawiającego. Zauważył także, że jak wynika z treści pisma o rozstrzygnięciu postępowania zamawiający przeprowadził analizę co do przesłanek zastosowania art. 87 ustawy pzp przed zastosowaniem art. 89 i odrzuceniem oferty i uznał, że brak jest podstaw dokonania poprawienia omyłek w treści oferty odwołującego.

W toku rozprawy odwołujący i przystępujący podtrzymali przedstawione wcześniej na piśmie stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięciu pod uwagę stanowisk stron i uczestnika przedstawionych na piśmie i do protokołu, uwzględniając także dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia siwz oraz treść oferty odwołującego zważyła, co następuje.
Odwołanie, pomimo uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego, podlega oddaleniu.
Jak wynika z zawiadomienia o wyniku postępowania zawartego w piśmie zamawiającego z dnia 23 lipca 2015 r. oferta odwołującego zawierała niewłaściwy (błędny formularz ofertowy). Zamawiający dokonał dnia 3 czerwca 2015 r. modyfikacji treści siwz, w szczególności treści formularza ofertowego. Wprowadzona zmiana wiązała się ze zmianą sposobu obliczenia ceny oferty i zakresem wyceny poszczególnych elementów ceny z podziałem na cenę za opracowanie koncepcji, cenę za opracowanie dokumentacji projektowej, cenę za wykonanie

robót budowlanych w bryle budynku, cenę za wykonanie robót budowlanych poza bryłą budynku i cenę wyposażenia budynku.

24

Wykonawca przedstawił formularz oferty, w którym nie wyceniono wyposażenia budynków. Jako podstawę prawną odrzucenia oferty zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, jakkolwiek w końcowej części pisma podał art. 87 ust. 1 pkt 2, co należy uznać za oczywistą omyłkę pisarską.
Odwołujący przyznał, że omyłkowo posłużył się formularzem ofertowym sprzed jego ostatecznej wyżej wskazanej modyfikacji, czego skutkiem był brak ujęcia i odrębnego wskazania ceny elementu, jakim jest wyposażenie budynku. Zauważył, że modyfikacja nastąpiła w przeddzień dnia wolnego od pracy, skutkiem czego miał utrudnione przygotowanie oferty. W jego ocenie brak ten powinien być uznany jako omyłka i poprawiony przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp poprzedzone wyjaśnieniami na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pzp. Jednocześnie wskazał że nowy wymóg wskazania ceny wyposażenia niczemu nie służy ani na etapie składania ofert, ani w trakcie realizacji zamówienia.
W ocenie składu orzekającego w okolicznościach rozpoznawanej sprawy niesporny brak w formularzu ofertowym złożonym przez zamawiającego wyceny wyposażenia budynku, którą należało przedstawić w elemencie III b zadania 11610 i elemencie III b zadania 11611, nie może być uznany za podlegającą poprawieniu omyłkę w treści oferty w stosunku do treści siwz, które to poprawienie nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty.
Co do zasady przyjąć należy, że dopuszcza się poprawienie omyłki w sytuacji, gdy zamawiający ma możliwość dokonania takiej czynności na podstawie dokumentacji ofertowej bez potrzeby uzyskiwania od wykonawcy dodatkowych informacji niezbędnych do zmiany treści oferty. W sprawie rozpatrywanej takiej możliwości zamawiający bez wątpienia nie miał. Jak wskazał sam odwołujący, poprawienie mogło być dokonane w dwóch wariantach, każdym z nich jednak zamawiający musiałby zdecydować, czy cena nowego, wymaganego a nie wskazanego elementu wyposażenia miałaby powiększyć cenę ryczałtową całości zadania, czy też należałoby ją wykreować z jednoczesnym pomniejszeniem ceny innego elementu wyceny, albo robót w bryle budynku, albo poza bryłą. Ta nowa wielkość w każdym wariancie de facto musiałaby być stworzona samodzielnie przez zamawiającego. Nie ma przy tym znaczenia w sprawie, iż cena oferty ustalona została jako cena ryczałtowa. Także w takim wypadku na zamawiającym spoczywa obowiązek zbadania, czy obejmuje ona cały przedmiot zamówienia, w szczególności wszystkie opisane i wymagane do wyceny elementy cenotwórcze. Brak omawianego elementu, przy brak możliwości jego poprawienia mającego polegać wg odwołującego na dodaniu nowej pozycji w ofercie uzasadnia wniosek, że oferta podlega odrzuceniu bez możliwości jej uzupełnienia, bo takiej czynności w istocie domaga się odwołujący, jakkolwiek wskazuje na przesłanki poprawienia omyłek.

25

Izba zauważa przy tym, że popełniony przez odwołującego błąd był zapewne niezamierzony, jednakże skoro tylko on wśród 19 wykonawców go popełnił, co oznacza, że poprawne wypełnienie formularza ofertowego treściami wymaganymi nie było przedsięwzięciem nadmiernie trudnym. W odniesieniu do rozważań odwołującego w przedmiocie różnych ocen na temat stawki podatku od towarów i usług dla niektórych elementów przedmiotu zamówienia, w tym szczególności wyposażenia, skład orzekający zauważa, że kwestia nie pozostaje w związku z decyzją zamawiającego o wyniku postępowania, nie jest też sformułowana jako zarzut do czynności lub zaniechań zamawiającego. W szczególności nie wskazywano w tym postępowaniu na ewentualny błąd lub brak takiego błędu w obliczeniu ceny.
Mając na uwadze powyższe, orzeczono, jak w sentencji uznając, że czynności odrzucenia oferty odwołującego nastąpiła w zgodzie z przepisami ustawy pzp, w tym wskazanymi w odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 i art. 186 ust. 6 kt 3 ustawy pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:

……