

**WYROK**  
z dnia 5 czerwca 2013 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. „EKO” M. G....., J. K....., J. S..... Spółka Jawna, 44-200 Rybnik, ul. Kościuszki 45a, 2. Przedsiębiorstwo Spedycyjno-Transportowe „TRANSGÓR” Spółka Akcyjna, 44-201 Rybnik, ul. Jankowicka 9** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Pszów, 44-370 Pszów, ul. Pszowska 534**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) A.S.A. Eko Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41-800 Zabrze, ul. Lecha 10, 2) Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41-800 Zabrze, ul. Lecha 10**

- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

- B. wykonawcy „Naprzód” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 44-280 Rydułtowy, ul. Raciborska 114 B**

- zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1) oddala odwołanie;**

2) kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. „EKO” M. G....., J. K....., J. S..... Spółka Jawna, 44-200 Rybnik, ul. Kościuszki 45 a, 2. Przedsiębiorstwo Spedycyjno-Transportowe „TRANSGÓR” Spółka Akcyjna, 44-201 Rybnik, ul. Jankowicka 9 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tych wykonawców tytułem wpisu od odwołania,

2.1. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. „EKO” M. G....., J. K....., J. S..... Spółka Jawna, 44-200 Rybnik, ul. Kościuszki 45 a, 2. Przedsiębiorstwo Spedycyjno-Transportowe „TRANSGÓR” Spółka Akcyjna, 44-201 Rybnik, ul. Jankowicka 9 na rzecz Gminy Miasto Pszów, 44-370 Pszów, ul. Pszowska 534 kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:** .....

## U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Gmina Miasta Pszów - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usługi „Świadczenie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i nieruchomości niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne, znajdujących się na terenie Gminy Miasta Pszów”.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp” lub „ustawa Pzp”. Ogłoszenia o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 31/01/2013 r., numer 2013/S 021-032796.

I. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. „EKO” M. G....., J. K....., J. S..... Spółka Jawna z siedzibą w Rybniku, 2. Przedsiębiorstwo Spedycyjno-Transportowe „TRANSGÓR” Spółka Akcyjna z siedzibą w Rybniku, zwani w dalszej części „odwołującym”, wnieśli odwołanie wskazując czynności i zaniechania zamawiającego dotyczące „Naprzód” Sp. z o.o., zwanej w dalszej części „wykonawcą”, zarzucając niezgodność z przepisami Pzp, polegającą na:

- wyborze oferty wykonawcy, jako oferty najkorzystniejszej,
- niedopuszczalnym prowadzeniu z wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej przez niego oferty,
- nieuprawnionym poprawieniu ceny w ofercie wykonawcy, jako „oczywistej omyłki pisarskiej”,
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo że jego oferta podlegała odrzuceniu,
- zaniechaniu wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

- art. 87 ust. 1 przez niedopuszczalne prowadzenie z wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej przez niego oferty, w wyniku czego doszło do zmiany jej treści,
- art. 87 ust. 2 pkt 1 przez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji niedopuszczalne poprawienie ceny zaoferowanej przez wykonawcę, jako „oczywistej omyłki pisarskiej”,
- art. 82 ust. 1 przez dopuszczenie oferty wykonawcy, pomimo że zawierała dwie ceny,

- art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 6 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo zaistnienia przesłanek do jej odrzucenia,
- art. 91 ust. 1 przez uznanie oferty wykonawcy za najkorzystniejszą, pomimo zaistnienia przesłanek do jej odrzucenia,
- art. 7 ust. 1 przez nierówne traktowanie wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji.

Wniosek (żądanie), co do rozstrzygnięcia odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności poprawienia ceny zaoferowanej przez wykonawcę, jako „oczywistej omyłki pisarskiej”,
- unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy, jako najkorzystniejszej,
- odrzucenia oferty wykonawcy
- dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał naruszenie interesu w wyniku czynności i zaniechania zamawiającego, gdyż oferta odwołującego została sporządzona zgodnie z przepisami Pzp i SIWZ, więc w sytuacji odrzucenia oferty wykonawcy „Naprzód” Sp. z o.o., odwołujący, oferujący drugą w kolejności cenę ofertową przy jedynym kryterium oceny ofert - cena - miałby realne szanse uzyskania zamówienia.

Odwołujący wskazał dochowanie terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp do wniesienia odwołania wraz z przekazaniem kopii odwołującemu.

W uzasadnieniu odwołania, odwołujący w pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że zgodnie z pkt 16 SIWZ cena stanowi cenę ryczałtową za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Stosownie do treści pkt 16.3 SIWZ wykonawca miał obowiązek podać w Formularzu oferty cenę ryczałtową (brutto) za wykonanie całości zamówienia oraz zastosowaną stawkę podatku VAT. Ponadto punkt 14.5. SIWZ stanowi, że w Formularzu oferty wartości liczbowe należało wpisywać w każdej pozycji wyłącznie cyframi, a w miejscach gdzie jest to wyraźnie wskazane także słownie (nie stosuje się wyrażenia „i w.” i równoważnych).

Wykonawca „Naprzód” Sp. z o.o. podał cenę ryczałtową w wysokości określonej cyfrowo: „1.950.000” zł brutto i w wysokości określonej słownie „jeden milion dziewięćset pięćdziesiąt złotych”. W związku z podaniem dwóch cen, tj. 1.950.000 zł wyrażoną liczbą i 1.000.950,00 zł wyrażoną słownie, zamawiający pismem z dnia 25.03.2013 r. wezwał wykonawcę do

złożenia wyjaśnień, co do treści złożonej oferty w zakresie ceny. W wezwaniu, zamawiający w sposób nieuprawniony zasugerował wykonawcy, że powinien podjąć decyzję, co do wyboru ceny, jaką zaoferował, tj. kwoty 1.950.000,00 zł czy 1.000.950,00 zł, co można uznać za niedozwolone negocjacje pomiędzy zamawiającym i wykonawcą.

Odwołujący podniósł, że procedura wyjaśniania treści oferty nie może być prowadzona w formie jakichkolwiek negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. W przyjętej praktyce, gwarantującej zasady uczciwej konkurencji, zamawiający wysyłają pisma do konkretnego wykonawcy tylko i wyłącznie z zapytaniem, jak rozumieć treść złożonej oferty. Charakter i intencja pisma zamawiającego z dnia 25.03.2013 r. wyraźnie wskazuje na popełniony przez wykonawcę „błąd”, z nieuprawnioną sugestią jego poprawy.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca powołał się na błąd i sprostował cenę ofertową, określając ją ostatecznie na 1.950.000,00 zł (jeden milion dziewięćset pięćdziesiąt tysięcy złotych). Wykonawca podniósł w swoim piśmie, że zmiana nie wpłynie znacząco na ofertę, z czym nie sposób się zgodzić, ponieważ różnica w oferowanych cenach wynosi ponad 949.000,00 zł.

W wyniku złożonych wyjaśnień, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, zamawiający w piśmie z dnia 13.05.2013 r. poprawił podaną w ofercie wykonawcy cenę ryczałtową, uznając, że była to oczywista omyłka pisarska.

W uzasadnieniu pisma zamawiający podniósł, że kierował się wyjaśnieniami wykonawcy i wyrokiem KIO z dnia 31.03.2009 r., który, zdaniem odwołującego, nie stanowi podstawy prawnej uprawniającej do zmiany oferty. Przedstawiony w powołanym wyroku stan faktyczny jest bowiem odmienny od sytuacji mającej miejsce w spornym przetargu.

Definicja „oczywistej omyłki” nie została zdefiniowana w Pzp, w związku z czym w celu prawidłowej wykładni tego sformułowania, należy sięgnąć do poglądów prezentowanych w judykaturze.

Oczywistą omyłką pisarską jest określona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez potrzeby przeprowadzenia jakichkolwiek dodatkowych badań czy ustaleń (wyrok KIO z dnia 10.04.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 265/08).

Jednocześnie powszechny jest pogląd, że poprawienia oczywistej omyłki można dokonać tylko i wyłącznie w sensie technicznym, redakcyjnym, a zmiana taka nie może zmierzać do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli (wyrok KIO z dnia 17.01.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 77/07), jak również do zmiany treści oferty w sensie oświadczenia woli wykonawcy.

Sąd Okręgowy w Warszawie podkreślił w wyroku z dnia 10 grudnia 2012 r. (2002 r.), sygn. akt V Ca 1514/02, że sprostowanie oczywistej omyłki nie może prowadzić do zmiany treści oferty, w szczególności nie może polegać na zmianie określonego w ofercie rozmiaru świadczenia oferenta lub ceny.

Powyższe stanowisko potwierdził Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 7 (27) czerwca 2008 r., sygn. akt XII Ga 206/08, podnosząc, że: „przewidziana w art. 87 ust. 2 Pzp możliwość poprawienia oczywistej omyłki w tekście oferty dotyczy wyłącznie takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość” omyłki rozumianej, jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenie lub inna niedokładność przypadkowa, która nasuwa się sama przez się każdemu.

Przez oczywistą omyłkę powszechnie rozumie się błąd zwykły wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Ma więc charakter proceduralno-techniczny, a nie merytoryczny. Istotnym przy tym pozostaje, że oczywista omyłka w tekście oferty nie może w żadnym razie doprowadzić do zmiany jej treści - pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki nie można bowiem doprowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia”.

W związku z dokonaną zmianą w ofercie wykonawcy nastąpiła znacząca zmiana oferowanej ceny, której dokonano po otwarciu ofert i zapoznaniu się z ofertami pozostałych uczestników postępowania. Zaakceptowanie takiego postępowania może dążyć do procederu, gdzie wykonawcy będą składali dwie odmienne oferty (określone cyfrowo i słownie), a w zależności od okoliczności będą wybierali korzystną dla siebie cenę.

Co istotne, złożone przez wykonawcę dokumenty ofertowe nie pozwalają na ustalenie, która cena jest prawidłowa. Wykonawca nie podał również, w jaki sposób została obliczona cena, ani nie uwzględnił innych danych, które pozwalałyby na uznanie, że któraś z podanych cen ofertowych, czy to pisana cyfrowo czy słownie, jest prawidłowa.

Opis ceny w ofercie wykonawcy nie może zostać zakwalifikowany, jako oczywista omyłka pisarska, ponieważ nie posiada charakteru oczywistego. Wpisanie kwoty słownie - jako wyrażenia składającego się z wielu wyrażeń - wymaga bowiem w pełni świadomego oświadczenia woli, w przeciwieństwie do krótkiego wskazania liczbowego.

Analiza orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, że istotą uznania dokonanej omyłki za oczywistą, jest możliwość jej stwierdzenia bez specjalistycznej wiedzy oraz jej bezsporność, a oczywistość omyłki powoduje też, że natychmiast niewątpliwe jest, jaka powinna być rzeczywista treść konkretnego zapisu i konkretnie złożonej oferty wykonawcy.

W przypadku oferty wykonawcy „Naprzód” Sp. z o.o. nie sposób ustalić, która z zaofiarowanych cen jest prawidłowa. Świadczy o tym dobitnie pismo zamawiającego do wykonawcy z dnia 25.03.2013 r. z prośbą o wyjaśnienie ceny.

Ingerencja zamawiającego w treść oferty wykonawcy przez zmianę i podwyższenie pierwotnej ceny jest niedopuszczalna, a takie postępowanie zamawiającego prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym przetargu była cena, w związku z czym, wątpliwości budzi postępowanie zamawiającego i jego przyzwolenie (akceptacja) na wybór przez wykonawcę ceny wyższej, mimo że nie było podstaw do uznania, iż wyższa cena jest poprawna, a niższa cena, tj. 1.000.950,00 zł (zdecydowanie korzystniejsza dla zamawiającego) była nieprawidłowa.

Odwołujący podkreślił, że w przypadku niezgodności między ceną wyrażoną cyfrowo a ceną wyrażoną słownie, obowiązujące przepisy prawa nadają prymat cenie określonej słownie. Tytułem przykładu wskazał przepisy art. 6 ustawy z dnia 28 kwietnia 1936 r. - Prawo wekslowe (...) i art. 9 ustawy z dnia 28 kwietnia 1936 r. - Prawo czekowe (...), które stanowią, że w sytuacji napisania sumy czekowej czy sumy wekslowej literami i liczbami, w razie różnicy, ważna jest na suma napisana literami.

Odwołujący uznał, że należy także zwrócić uwagę na brzmienie dawnego art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. b Pzp, zgodnie z którym, „jeżeli cena ryczałtowa podana liczbą nie odpowiada cenie ryczałtowej podanej słownie, przyjmuje się za prawidłową cenę ryczałtową podaną słownie”. Przepis utracił moc obowiązującą w dniu 24.10.2008 r., postulowano bowiem, że nadmiernie zawężył możliwości zamawiających poprawiania omyłek w ofercie. Odwołujący Podkreślił jednak, że błąd opisany w art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. b Pzp, którego dopuścił się wykonawca w sprawie, nie był kwalifikowany także w poprzednim stanie prawnym, jako oczywista omyłka pisarska, która była wymieniona odrębnie w art. 87 ust. 2 Pzp.

Reasumując odwołujący stwierdził, po pierwsze, błąd polegający na podaniu w ofercie ceny ryczałtowej liczbą odmiennie od ceny podanej słownie, nie jest traktowany przez ustawodawcę, jako oczywista omyłka pisarska.

W takim bowiem przypadku regulacje prawa wekslowego czy czekowego byłyby zbędne. Jeżeli błąd może być poprawiony na dwa sposoby (albo przez zmianę ceny podanej liczbą, albo przez zmianę ceny podanej cyfrą), wyklucza to uznanie tego błędu na „oczywistą omyłkę pisarską”.

Po drugie, przepis art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp wskazuje, że zamawiający poprawia w ofercie

omyłki, zawiadamiając o tym wykonawcę. Oznacza to, że zamawiający bez konsultacji z wykonawcą wie, jak omyłkę poprawić. W tej sprawie zamawiający bez oświadczenia wykonawcy nie był w stanie tego samodzielnie rozstrzygnąć. Nie ulega jednak wątpliwości, że intencją ustawodawcy, w szczególności w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, nie było pozostawienie zamawiającym tak daleko idącej swobody w interpretowaniu pojęcia „oczywistej omyłki pisarskiej”, jaka występuje w przedmiotowym postępowaniu.

Opisane czynności wykonawcy „NAPRZÓD” Sp. z o.o. są na tyle istotne, że - w ocenie odwołującego - stanowią istotną zmianę oferty, co już samo przez się narusza postanowienia Pzp.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, odwołujący uznał odwołanie za w pełni uzasadnione i zasługujące na uwzględnienie.

II. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

1) oddalenie odwołania,

2) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EKO M. G....., J. K....., J. S..... spółkę jawną z/s w Rybniku oraz Przedsiębiorstwo Spedycyjno- Transportowe TRANSGÓR Spółkę Akcyjną z siedzibą w Rybniku.

Zamawiający oświadczył, że nie uwzględnił żadnego z zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zgłosił opozycję, co do przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. A.S.A. Eko Polska sp. z o.o. oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibami w Zabrze, z powodów przedstawionych w końcowej części pisma.

W uzasadnieniu odpowiedzi zamawiający podał.

1. Przedmiotem postępowania odwoławczego jest rozstrzygnięcie zamawiającego z dnia 13 maja 2013 r. o wyborze oferty Naprzód Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej w postępowaniu przetargowym. Stan faktyczny sprawy jest niesporny pomiędzy stronami i obejmuje następującą sekwencję zdarzeń.

W dniu 25 marca 2013 r. zamawiający wezwał Naprzód Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, co do treści oferty, który z wariantów propozycji cenowej jest prawidłowy. W tym celu zamawiający skorzystał z możliwości wynikającej z art. 87 ust. 1 Pzp. W dniu 26 marca 2013 r. ww. wykonawca złożył wyjaśnienia wskazując, że - jego zdaniem - właściwa cena ofertowa została wyrażona w zapisie „1,950.000,00 zł” przy uwzględnieniu faktu, że zapis słowny tego sformułowania wymaga uzupełnienia o słowo „tysięcy”.

W dniu 13 maja 2013 r. zamawiający, korzystając z uprawnień wynikających z art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, sprostował oczywistą omyłkę pisarską w ofercie Naprzód Sp. z o.o., modyfikując ofertę w ten sposób, że oznaczył cenę słownie, jako jeden milion dziewięćset pięćdziesiąt



tyśięcy złotych, przy niezmiennym opisie liczbowym wyrażonym, jako 1.950.000,00 zł.

W dniu 13 maja 2013 r. zamawiający zakończył etap badania i oceny ofert rozstrzygając, że najkorzystniejszą ofertę przedstawił wykonawca Naprzód Sp. z o.o., gdzie jedynym kryterium oceny była najkorzystniejsza cena. Na drugim miejscu znalazła się oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - odwołującego, na trzecim miejscu uplasowała się oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o. oraz Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o.

W dniu 13 maja 2013 r. zamawiający zwrócił się do wykonawców biorących udział w postępowaniu o przedłużenie terminu związania ofertą. Na ten wniosek pozytywnie zareagowali: odwołujący oraz Naprzód Sp. z o.o.

Oferty nie przedłużyło konsorcjum firm: A.S.A. Eko Polska sp. z o.o. oraz Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o.

2. Z rozstrzygnięciem zamawiającego nie zgodził się odwołujący, podnosząc szereg zarzutów wskazanych w odwołaniu.

Na kanwie tych zarzutów odwołujący zbudował sześć uchybień prawnych, wyeksponowanych w akapicie drugim na stronie 2 odwołania z dnia 20 maja 2013 r.

Zamawiający oświadczył, że nie podziela żadnego z tych zarzutów.

Na wstępie zamawiający zaprzeczył, aby kiedykolwiek podejmował negocjacje z wykonawcą Naprzód Sp. z o.o. Wskazał, że wymiana korespondencji z dnia 25 marca 2013 r. i z dnia 26 marca 2013 r, miała na celu wyjaśnienie nieścisłości, które wystąpiły w ofercie tego wykonawcy. Zamawiający postąpił zgodnie z prawem, gdyż tego typu kompetencję stanowi art. 87 ust. 1 Pzp. W ocenie Gminy, wszędzie tam, gdzie pojawiają się wątpliwości, co do treści oferty, to zamawiający winien kierować się dyspozycją art. 65 § 1 k.c., stosowanym wprost z mocy art. 14 Pzp, zgodnie z którym oświadczenia woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostały złożone, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Wskazał stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 13 września 2012 r., KIO 1840/12. W stanie faktycznym tego prejudykatu zaistniała rozbieżność pomiędzy wartością wadium wskazanego w dokumencie gwarancyjnym, gdzie w oznaczeniu słownym wysokości wadium podano „100.00,00 zł”, zaś w oznaczeniu liczbowym „100.000,00 zł”. Krajowa Izba Odwoławcza wprost nazwała tę rozbieżność „oczywistą omyłką pisarską”.

Za możliwością inicjowania postępowania wyjaśniającego z art. 87 ust. 1 Pzp, przed ewentualną decyzją zamawiającego, co do poprawienia oferty na skutek wystąpienia omyłki, wypowiedziała się Krajowa izba Odwoławcza w wyrokach z dnia: 14 kwietnia 2011 r., KIO 689/11, z dnia 12 czerwca 2011 r., KIO 1366/11, z dnia 3 kwietnia 2012 r., KIO 556/12, z

dnia 14 marca 2013 r. KIO 487/13, z dnia 4 kwietnia 2013 r. KIO 662/13. W rezultacie wskazał, że obecnie ugruntowała się jednolita linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej w rzeczonym przedmiocie.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz wcześniej Zespołu Arbitrów można spotkać wypowiedzi, wedle których usuwanie wątpliwości co do treści oferty, w części dotyczącej rozbieżności w oznaczeniu ceny (wynagrodzenia wykonawcy) pomiędzy wariantem słownym a wariantem liczbowym winno odbywać się z zachowaniem trybu zwracania się do wykonawcy o wyjaśnienie znaczenia oferty oraz każdorazowego obowiązku badania, czy nie zachodzi konieczność poprawienia oferty w części dotyczącej wynagrodzenia. Zamawiający wskazał wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 26 kwietnia 2006 r., UZP/ZO/0-1151/06 oraz późniejszy wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009 r., KIO/UZP 11/09, wydany już po uchyleniu art. 88 Pzp.

Zamawiający wskazał, że z drugiej strony należy wręcz mówić o obligatoryjnym charakterze postępowania z art. 87 ust. 1 Pzp, w sytuacji jak w niniejszej sprawie. W wyroku z dnia 9 stycznia 2012 r., KIO 2755/11, Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając odwołanie co do rozstrzygnięcia o zbliżonym stanie faktycznym wytknęła zamawiającemu, że „(...) Zamawiający nie podjął próby poprawy omyłki, a przyjął odstępstwo treści oferty od treści specyfikacji w sposób dorozumiany. Z takiej argumentacji Izby wynika, że decyzja o ewentualnym odrzuceniu lub o wyborze oferty winna być poprzedzona oceną, czy uchybienie w treści oferty podlega poprawieniu (...)”. Innymi słowy, w omawianym kontekście faktycznym uchybieniem zamawiającego byłoby zaniechanie zainicjowania postępowania wyjaśniającego i aprioryczne przyjęcie, że w tamtym postępowaniu oferta podlega odrzuceniu. Podobnie KIO orzekła w wyroku z dnia 28 maja 2010 r., KIO/UZP 875/10.

Przy tej okazji zamawiający uznał, że warto poruszyć problem, w którym wykonawca, którego ofertę poprawiono, składa sprzeciw, czy też nie. Podzielając pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 23 lutego 2012 r., KIO 278/12 wskazał, że o błędzie w ofercie decyduje zachowanie (świadomość) oferenta. Jeśli zatem zamawiający dokona poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, zaś taki wykonawca nie zgłosi sprzeciwu (jak to miało miejsce w niniejszej sprawie), to tym samym akceptuje, że chodzi o błąd w ofercie, podlegający konwalidacji, z zachowaniem art. 87 ust. 2 Pzp. Ocena błędu musi być dokonywana przede wszystkim poprzez analizę zachowania i oświadczeń woli samego oferenta, a nie z punktu widzenia konkurencyjnego wykonawcy, posiadających częstokroć rozbieżne interesy.

Zamawiający zwrócił uwagę na miarodajny dla niniejszej sprawy wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 czerwca 2008 r., XII Ga 206/2008, gdzie w uzasadnieniu stwierdzono, że „(...) przewidziana w art. 87 ust. 2 ustawy możliwość poprawienia oczywistej omyłki w tekście oferty dotyczy wyłącznie takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość”

omyłki rozumianej, jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenie lub inna niedokładność przypadkowa, która nasuwa się sama przez się każdemu. Przez oczywistą omyłkę powszechnie rozumie się błąd zwykły wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Ma więc charakter proceduralno-techniczny a nie merytoryczny. Istotnym przy tym pozostaje, że oczywista omyłka w tekście oferty nie może w żadnym razie doprowadzić do zmiany jej treści -pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki nie można bowiem doprowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia (...)

Zamawiający wskazał, że odwołujący w odwołaniu również powołał ten prejudykat, ale wyprowadził z jego treści niewłaściwe wnioski. Przede wszystkim odwołujący nie sprostował ciężarowi udowodnienia, że wskutek wymiany korespondencji pomiędzy zamawiającym a Naprzód sp. z o.o. doszło do wytworzenia nowej treści oświadczenia ofertowego. Ciężar dowodzenia leżał po stronie odwołującego, zgodnie z kodeksową zasadą z art. 6 k.c. Rację należy przyznać wykonawcy, który w przystąpieniu do postępowania po stronie zamawiającego trafnie argumentował, że nie doszło do zmiany treści oświadczenia ofertowego, zaś zamawiający tę argumentację, co do zasady podziela (por. pkt 3 i 4 przystąpienia Naprzód sp. z o.o. z dnia 23 maja 2013 r.). Odwołujący wspomniał, że zamawiający i Naprzód Sp. z o.o. prowadzili niedozwolone negocjacje dotyczące złożonej oferty, tym niemniej nie wykazał, jakie konkretnie czynności podjęli oferent i oblat w celu ich zakończenia, co było osią tych negocjacji, co finalnie zostało ustalone w kontekście zaskarżonego rozstrzygnięcia zamawiającego.

Poza apriorycznymi wywodami odwołujący nie przedstawił pogłębionej argumentacji w tym obszarze. Wbrew odmiennym twierdzeniom odwołującego oferta nie zawierała dwóch cen, ale dwa rozbieżne warianty sposobu ujęcia jednej ceny. Z drugiej strony odwołujący podał, że poprawienie oferty wywołało jej zmianę. Stanowisko odwołującego jest wewnętrznie sprzeczne, kiedy z jednym miejscem dowodzi, że oferta Naprzód Sp. z o.o. zawiera dwie ceny, zaś z innym fragmencie odwołania uznał, że decyzja zamawiającego o poprawieniu oferty (przesłankowo - jeśli zamawiający dobrze odczytał intencję odwołującego - wybór jednej z opcji cenowych) jest niedopuszczalną zmianą oferty. Tym sposobem trudno mówić o zachowaniu konsekwencji logicznej wywodów odwołującego.

W ocenie zamawiającego brak słowa „tysięcy” w odpowiedniku słownego wyrażenia „1.950.000,00 zł” było niezamierzonym opuszczeniem tego słowa, widocznym na pierwszy rzut oka, powstałym wskutek pominięcia tego wyrazu w wypełnieniu części formularza cenowego i nie wymagającym dodatkowej analizy (porównania) innych dokumentów ofertowych wykonawcy Naprzód Sp. z p.o.

Za Sądem Okręgowym w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 r., X Ga 23/2007/ZA zamawiający wskazał, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację tych zasad (tj. art. 7 Pzp).

Zamawiający podniósł, że stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy wyznaczony między innymi treścią cytowanego przepisu. Z tego samego punktu widzenia wyszedł ustawodawca, który w noweli z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, uchylił art. 88 Pzp, w którym do dnia 24 października 2008 r. funkcjonował obowiązek poprawiania przez zamawiającego omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny, m.in. w przypadku sumowania cen za poszczególne części zamówienia, jeżeli cenę za część zamówienia podano rozbieżnie słownie i liczbą to zamawiający winien przyjąć, że prawidłowo podano ten opis, który odpowiada, dokonaniem obliczeniu ceny (por. nieobowiązujący art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. b Pzp). Był to przepis, stanowiący wpadkę ustawodawcy chociażby z tego punktu widzenia, że rozbieżność pomiędzy wariantem słownym a wariantem liczbowym ceny została zaliczona do omyłek rachunkowych. W uzasadnieniu rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 471) wskazano m.in., że „(...) W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty za specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązania przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśli ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt łomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami (...)”.

Ustawodawca postawił zatem na elastyczność w stosowaniu Prawa zamówień publicznych,

kosztem hołdowania kazuistyce, do czego niestety zbliżył się odwołujący w złożonym odwołaniu.

*Ratio legis* uchylecia art. 88 Pzp jest więc jasne. Ustawodawca generalnie zmierzał w kierunku ograniczania możliwości odrzucania ofert, wykluczania wykonawców i unieważniania postępowań na rzecz przyjęcia rozwiązań umożliwiających konwalidację ofert w możliwie szerokim zakresie, w zbieżności z tym postulatem pozostaje dotychczasowe, a przywołane wcześniej, orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

3. Podtrzymując opozycję, co do przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - A.S.A. Eko Polska sp. z o.o. oraz Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., zamawiający oświadczył, że wykonawca ten nie przedłużył mocy wiążącej swojej oferty, która utraciła ważność z dniem 16 maja 2013 r., pomimo wezwania zamawiającego z dnia 13 maja 2013 r.

Wykonawca został sklasyfikowany na trzeciej pozycji, więc nawet odrzucenie oferty Naprzód sp. z o.o. nie oznacza, że jego oferta może zostać uznana za najkorzystniejszą.

Ponadto wykonawca nie wykazał, na czym polega interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Przeciwnie, przystępujący akcentuje własny interes w uzyskaniu korzystnego rozstrzygnięcia dla siebie.

Z powyższych względów zamawiający wniósł jak na wstępie,

III. Do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie wykonawcy:

A. Wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o. oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. po stronie odwołującego, zwani „przystępującym A.S.A.”, wskazując, że przystępujący posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego, którego skutkiem byłoby odrzucenie oferty z najniższą ceną (cenami).

W dalszej kolejności pisma przystępujący A.S.A. podniósł istnienie wad w ofercie odwołującego, drugiej w kolejności pod względem ceny, m.in. brak referencji potwierdzających należyte wykonywanie usługi podanej w pozycji 1 wykazu usług. Wskazując na tę kwestię przystępujący A.S.A. doprecyzował, że interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego upatruje w możliwości powtórzenia czynności badania i oceny ofert z wynikiem umożliwiającym uzyskanie przez niego zamówienia. Co do zasady, przystępujący A.S.A. podzielił stanowisko odwołującego, zarówno w zakresie podniesionych zarzutów, a także w zakresie żądań odwołującego, w związku z czym uznał, że jest zasadne domaganie się przez przystępującego uwzględnienia odwołania.

B. „Naprzód” Sp. z o.o., zwany „przystępującym Naprzód”, oświadczył, że ma interes

prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść zamawiającego, ponieważ jest uczestnikiem postępowania przetargowego i w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako bezprzedmiotowego. Wskazał, że dokonanie poprawki dokonane było prawidłowe, bowiem:

1. Nieprawidłowość w oznaczeniu ceny oferty, a polegająca w istocie nie na użyciu innych wartości w oznaczeniu cyfrowym i słownym, ale na pominięciu słowa tysięcy, jeśli bowiem dokonać rzetelnej analizy obu opisów to brzmią one następująco: 1 950 000 zł - cyfrowo, jeden milion dziewięćset pięćdziesiąt **tysięcy** (brakujące słowo) zł. - słownie. Ta analiza pokazuje na pełną zgodność opisanych cyfrowo i słownie liczb - a błąd dotyczy wyłącznie braku słowa w oznaczeniu słownym.

Powyższa nieprawidłowość stanowi przykład oczywistej omyłki pisarskiej. Omyłką taką jest bowiem - jak stanowi orzecznictwo KIO - omyłka widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski lub inna podobna usterka w tekście.

W ślad za orzecznictwem KIO przystępujący podniósł, że oczywista omyłka pisarska polega w szczególności na niezamierzonym przekręceniu, opuszczeniu wyrazu, błędzie logicznym, pisarskim lub mającym postać innej niedokładności przypadkowej (wyrok z dnia 20 stycznia 2009 r. KIO/UZP 11/09 - Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie, Zeszyt nr 4 poz. 127). Tak właśnie stało się w tej sprawie, omyłka polega na przypadkowym opuszczeniu wyrazu.

W tym zakresie aktualna pozostaje argumentacja przystępującego zawarta w piśmie z dnia 26 kwietnia 2013 r. uzasadniająca zastosowanie trybu przewidzianego ustawą. Podniósł zasadność przywołanych tam orzeczeń KIO wskazujących prawidłowość postępowania w sprawie.

2. Poprawienie zostało dokonane w zgodzie z ustawą, bowiem można dokonać poprawki tylko względem już istniejących opisów i tak stało się w tej sprawie,

3. Poprawienie przez wykonawcę błędu w ofercie nie generuje istotnej zmiany treści jego oferty, ponieważ w istocie nie zmienia ono ceny, niezmiennie jest ona wyrażona kwotą 1 950 000 zł.

Przystępujący wywodził, że na skutek przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego doszło do wyjaśnienia treści oferty w sposób jasny i precyzyjny, nie doszło natomiast do żadnej zmiany oferty, gdyż cena od początku wyrażona była przez przystępującego kwotą 1 950 000 zł.

4. Dokonanie poprawienia nie skutkuje zmianą miejsca oferty wykonawcy w rankingu ofert, oferta ta pozostaje nadal ofertą najtańszą.

W kontekście powyższego, podnoszone przez odwołującego zarzuty, że na skutek poprawienia omyłki doszło do zmiany oferowanej ceny są chybione, oderwane od treści

zgrupowanych w sprawie dokumentów i stanowią wyłącznie wyraz prezentacji interesu odwołującego. Przystępujący zarzucił, że wywód odwołującego o rzekomej zmianie ceny na skutek poprawienia omyłki jest zatem nieuprawniony - kwota 1 950 000 zł zawarta była niezmiennie w ofercie przystępującego i nigdy nie została zmieniona. W opisie słownym ceny zabrakło jednego słowa - ale też nie zmieniającego żadnej z cyfr składających się na ogólny wymiar 1 950.000 zł.

Nieuprawniony jest także zarzut, że doszło do porozumiewania się w tej mierze zamawiającego z wykonawcą w sposób stanowiący niedozwolone negocjacje dotyczące treści oferty, a tym samym naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp.

Przystępujący Naprzód stwierdził, że należy zważyć, iż zamawiający może (a nawet powinien) wyjaśnić na podstawie art. 87 Pzp wątpliwości, co do treści oferty, czyli dotyczące tylko treści złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli, tj. treści związanych z istotnymi postanowieniami umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający na tej podstawie może żądać wyjaśnień dotyczących wszystkich aspektów oferty niejasnych czy też budzących jego wątpliwości. Tak stało się w tej sprawie - zgodnie z funkcją postępowania wyjaśniającego. Wyjaśnienia służyć mają określonemu celowi - rozwianiu wątpliwości, które wynikają zarówno z niejasnych lub sprzecznych ze sobą dokumentów załączanych do oferty, jak i z samej treści oferty.

Przystępujący wywodził, że żądanie złożenia wyjaśnień jest w doktrynie i orzecznictwie określane, jako wskazane ze względu na konieczność dołożenia przez zamawiającego należytej staranności w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia. W realizacji tego ustawowego uprawnienia (a wręcz wskazania jak wywiedziono powyżej) zamawiający zobowiązany był sformułować wezwanie do wykonawcy. W wezwaniu zamawiający powinien wskazać wątpliwości, które w jego ocenie, wymagały złożenia wyjaśnień.

W tym kontekście dokonana w treści odwołania próba kwalifikowania tego wezwania, jako wyrazu niedozwolonych negocjacji jest nieuprawniona. Wniosek odwołującego o tym, że w piśmie z 25.03.2013 r. zamawiający rzekomo „w sposób nieuprawniony zasugerował wykonawcy, iż powinien podjąć decyzję, co do wyboru ceny” - jest niedopuszczalny, nie opiera się na żadnej ze znanych prawu wykładni.

Zdaniem przystępującego, wywiedzenie tego wniosku stanowi wyraz braku obiektywizmu odwołującego. Zwrócił szczególną uwagę na treść tego pisma, które zawiera wyłącznie sprecyzowanie wątpliwości zamawiającego i wskazanie podstawy prawnej wystąpienia i pozbawione jest jakiegokolwiek komentarza.

Za stanowiskiem KIO wyrażonym w wyroku z 25.03.2011 r. (sygn. akt KIO 510/11) przystępujący wywodził, że omawiane uprawnienie przysługuje zamawiającemu w każdym przypadku, w którym powziął wątpliwość, co do treści złożonej oferty i bez udziału wykonawcy, który daną ofertę złożył, wątpliwość ta nie może zostać wyjaśniona.

Taka właśnie sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie.

Zatem, biorąc pod uwagę obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania i prawidłowej oceny ofert - to art. 87 ust. 1 Pzp, należy odczytywać nie tylko, jako uprawnienie zamawiającego zależne od jego uznania, ale raczej kompetencję, tj. prawo do żądania wyjaśnień powiązane z obowiązkiem ich zażądania w celu dochowania wymaganej staranności w procedurze badania i oceny ofert. Tym samym możliwość, o której mówi art. 87 ust. 1 Pzp, przeradza się wręcz w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy (por. wyrok KIO z 13.08.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 992/09; wyrok KIO z 3.12.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1519/09, KIO/UZP 1520/09).

Przystępujący nie kwestionuje, co do zasady, że zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. Przystępujący wywiódł wszakże, że w tym postępowaniu nie doszło do prowadzenia negocjacji ani nawet do podjęcia próby jakichkolwiek negocjacji. A przeciwne zarzuty odwołującego są nadużyciem nie znajdującym żadnego uzasadnienia w przedstawionym materiale dowodowym.

Przystępujący zarzucił, że stanowisko odwołującego wyrażone w odwołaniu zostało przedstawione z pominięciem tego, że zakazu negocjacji nie należy utożsamiać z niedopuszczalnością posłużenia się wyjaśnieniami, dokonywanymi w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, jako źródłem wiedzy zamawiającego, niezbędnej do prawidłowego dokonania czynności określonych w art. 87 ust. 2 Pzp (tj. poprawek oferty) - wywodzi przystępujący za KIO (wyrok w sprawie sygn. akt KIO 510/11). W konsekwencji zamawiający ma obowiązek dokonania poprawek w ofercie, o których mowa w art. 87 ust. 2 Pzp, a realizacja tego obowiązku może być poprzedzona wyjaśnieniami, o ile nie są uzupełnieniem czy zmianą treści oferty. Tryb przewidziany w art. 87 ust. 1 Pzp może być tym samym w indywidualnych przypadkach wykorzystywany przy ustaleniu, czy zaistniała przesłanka z art. 87 ust. 2, w szczególności art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Przystępujący zarzucił ponadto, że bez znaczenia orzeczniczego w tej sprawie pozostaje treść przywołanych przez odwołującego przepisów prawa wekslowego i czekowego z 1936 r. Wskazał, że są to zupełnie odrębne dziedziny prawa i ustawodawca nie przewidział ich zastosowania dla Prawa zamówień publicznych. Odrębność i specyfika prawa wekslowego i czekowego, która skutkowa ich wyodrębnieniem, jako oddzielnej dziedziny prawa poddanej własnej - specyficznej regulacji (częstokroć oderwanej od zasad ogólnych prawa cywilnego), czyni wszelkie próby przeniesienia specyfiki właściwej tej dziedzinie do innych dziedzin prawa nieuprawnionymi.

Nie sposób także nie zauważyć, wskazał przystępujący, że w Prawie zamówień publicznych znajdował się do 2008 r. przepis (art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. b) wyraźnie odnoszący się do sytuacji



istnienia błędu w zapisie ceny cyfrowym i słownym. Jednak, jak trafnie zauważył odwołujący, utracił on moc obowiązującą bo „nadmiernie zawęził możliwość zamawiających poprawiania omyłek w ofercie”. Zatem, skoro poprzednie brzmienie ustawy, jako nadmiernie ograniczające zamawiających zostało usunięte - to tym bardziej sposób postępowania zamawiającego należy ocenić, jako prawidłowy.

### **Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołujący spełnia przesłanki legitymacji czynnej, przedstawione w art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniające go do wniesienia odwołania. Złożył w postępowaniu ofertę z ceną drugą w kolejności w rankingu ofert ze względu na jedyne kryterium oceny ofert - cena o znaczeniu 100%. Zatem, odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, a także realna jest możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Wykonawcy zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiednio: A. wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o. i Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ze wskazaną wspólną siedzibą w Zabrze, po stronie odwołującego oraz B. wykonawca „Naprzód” Sp. z o.o., z siedzibą Rydułtowy, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, uzyskali status uczestników postępowania odwoławczego.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie przystępującego Naprzód Sp. z o.o. po stronie zamawiającego, wobec spełnienia wymagań ustawowych przystąpienia.

Uznała również przystąpienie przystępującego A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o. i Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. po stronie odwołującego, przyjmując szerokie rozumienie interesu, o jakim stanowi przepis art. 185 ust. 2 Pzp, mimo, że wykonawca w swoim przystąpieniu wskazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego przez przyzmat możliwości zmiany pozycji swojej oferty w rankingu ofert, ustalonym na podstawie cen zaofiarowanych przez wykonawców oraz podważanie oferty odwołującego. W konsekwencji wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania zgodnie z żądaniem odwołującego. Wykonawca ten nie został wykluczony z postępowania i jego oferta nie została odrzucona. Zatem, Izba oddaliła opozycję zamawiającego przeciw przystąpieniu wskazanego wykonawcy po stronie odwołującego.

Przedmiotem zarzutów odwołania jest wybór jako najkorzystniejszej oferty przystępującego Naprzód Sp. z o.o., poprzedzony poprawieniem w ofercie tego wykonawcy oczywistej omyłki pisarskiej przez dopisanie w opisie słownym ceny oferty słowa/wyrazu „tysięcy” (słowo to

elementarna część mowy, jego pisany odpowiednikiem jest wyraz).

W przedmiocie niezbędnym dla oceny zasadności zarzutów, znaczenie mają następujące wymagania zamawiającego: opisane w postanowieniach SIWZ, treść ocenianej oferty przystępującego Naprzód i oświadczenia oraz dokumenty dotyczące czynności zamawiającego i wykonawcy, związane z poprawieniem omyłki w cenie oferty.

1. SIWZ - zamawiający opisał:

- w pkt 14.5. „W Formularzu Ofertowym wartości liczbowe należy wpisywać w każdej pozycji wyłącznie cyframi, a w miejscach gdzie jest to wyraźnie wskazane także słownie (nie stosuje się wyrażenia „jw.” i równoważnych)”;

- w pkt 16. „Sposób obliczenia ceny oferty: 16.1. Podana w formularzu cena stanowi cenę ryczałtową za wykonanie przedmiotu zamówienia. 16.2. Ceny w ofercie należy określać z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, stosując zasadę § 5 ust. 6 z Rozporządzenia Ministra Finansów dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom (...), (Dz. U. Nr 212, poz. 1337). 16.3. Wykonawca ma obowiązek podać w Formularzu Oferty cenę ryczałtową (brutto) za wykonanie całości zamówienia oraz zastosowaną stawkę podatku VAT”;

- w pkt 18. „Kryteria oceny ofert, ich znaczenie oraz sposób oceny ofert: 18.1. Oferty będą oceniane według kryterium: najniższa cena 100%”;

- w pkt 20. „Dodatkowe informacje: 20.2. Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy, zamawiający w toku badania i oceny ofert może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. 20.3. Zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy, zamawiający poprawi oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, oraz 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”.

2. Przystępujący Naprzód podał w Formularzu oferty opis ceny następująco:

„II. Składając ofertę na: **Świadczenie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i nieruchomości niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne, znajdujących się na terenie Gminy Miasta Pszów**, zobowiązuję się do:

1. wykonywania przedmiotu zamówienia za **cenę ryczałtową: 1.950.000,- zł**

**brutto**

(słownie: **jeden milion dziewięćset pięćdziesiąt złotych zł**)

w tym **8** % podatku VAT”.

Cena przedstawiona liczbowo i słownie oraz stawka podatku zostały wpisane odrębnie

(podkreślenie w tekście). Kwota słownie została wpisana dość zwartym zestawieniem poszczególnych wyrazów, zwłaszcza wyrazy „dziewięćset pięćdziesiąt” zostały połączone.

3. Na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp zamawiający wezwał wykonawcę (pismo z 25 marca 2013 r.) wskazując: „(...) wzywa do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie dotyczącym podanej przez Wykonawcę ceny. Nadmieniam, że w ofercie podano cenę wynoszącą 1.950.000,00 (w ujęciu zapisu liczbowego) oraz cenę wynoszącą 1.000.950,00 (wyrażoną słownie).

Na złożenie wyjaśnień Zamawiający oczekuje w terminie do 3 dni od daty otrzymania niniejszego wezwania”.

4. W odpowiedzi na wezwanie, w piśmie z 26.03.2013 r., przystępujący Naprzód przedstawił swoje stanowisko: „Uprzejmie wyjaśniamy, że w cenie wyrażonej słownie została popełniona omyłka pisarska (po wyrazach: jeden milion dziewięćset pięćdziesiąt powinno być wpisane tysięcy złotych).

W związku z powyższym brzmienie zaproponowanej ceny w pkt. II.1. oferty wynosi:

Cena ryczałtowa: 1 950 000,00 zł brutto (słownie: jeden milion dziewięćset pięćdziesiąt tysięcy złotych) w tym 8 % podatku VAT.

Mając na uwadze powyższe pozostaje nam przeprosić za powstałą omyłkę, której rzetelne wyjaśnienie pozwoli na rozstrzygnięcie przetargu z zachowaniem zasad konkurencyjności. Podnosimy, że niepoprawność pozycji Cena ryczałtowa: 1 950 000,00 zł brutto (słownie: jeden milion dziewięćset pięćdziesiąt tysięcy złotych) w tym 8 % podatku VAT powstała jedynie na skutek niezamierzonej omyłki. Wywodzimy, że poprawienie tej pozycji nie wpływa jednak znacząco na ofertę - cena ta nadal będzie ceną najniższą. Zmiana w ofercie zostanie dokonana z danych już zawartych w ofercie - ceny wyrażonej liczbą. Taka czynność zamawiającego doprowadzi jedynie omawianą ofertę do porównywalności z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu, umożliwiając dokonanie wyboru w oparciu o niezmienione kryteria i niezmienione wartości. Bezspornie nasza omyłka (pomimo, że nieobarczona złą wiarą) skutkuje obecnie koniecznością składania niniejszych wyjaśnień - jednakże pozostajemy w pokornym przekonaniu, że ostatecznie służyć one będą najlepiej wybraniu oferty najkorzystniejszej.

Przedstawiając swoje stanowisko przywołujemy orzecznictwo KIO uzasadniające przedstawiony wniosek:

Wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 265/08: (...) „oczywistą omyłką pisarską” jest omyłka widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski lub inna podobna usterka w tekście.

Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 11/09: (...) Oczywista omyłka

pisarska polega w szczególności na niezamierzonym przekręceniu, opuszczeniu wyrazu, błędzie logicznym, pisarskim lub mającym postać innej niedokładności przypadkowej. Oczywista omyłka pisarska powinna być możliwa do poprawy bez odwoływania się do innych dokumentów, co nie jest możliwe w przypadku oferty Odwołującego się.

Wyrok KIO z 16 listopada 2008 r., sygn. akt. KIO 1326/08: Zgodnie z utrwaloną definicją omyłki pisarskiej, dotyczy ona takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość” omyłki, rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu.

Mając na uwadze powyższe podnosimy, niezależnie od naszego szczerego żalu, że ewentualne zaniechanie poprawienia oferty przez zamawiającego, w sytuacji gdy poprawa jest jasna, oczywista, nie budząca wątpliwości, wynika wprost z danych zawartych w ofercie bez konieczności jej uzupełniania przez wykonawcę, a poprawiona kwota nie zmienia pozycji oferty w odniesieniu do innych ofert - byłoby ewidentnym naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w rozumieniu art. 7 Pzp.

Podnosimy jednocześnie, że przy rozpatrywaniu przedmiotowej sprawy nadrzędnym wydaje się konieczność kierowania się celem, jaki przyświecał ustawodawcy przy wprowadzaniu instytucji wynikającej z art. 87 ust. 2 Pzp. Skorzystanie z dyspozycji przywołanego przepisu ma umożliwić zamawiającemu dokonanie wyboru oferty dla niego najkorzystniejszej - tzn. w okolicznościach sprawy, oferującą najniższą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia. Za zaistniałą pomyłkę jeszcze raz przepraszamy”.

5. Pismem z 13 maja 2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę o poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej podając: „(...) na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (...) Zamawiający poprawił w ofercie firmy „NAPRZÓD” Sp. z o.o. (...) oczywistą omyłkę pisarską polegającą na tym, że w zapisie słownym oznaczającym wysokość wynagrodzenia, po słowach: „jeden milion dziewięćset pięćdziesiąt” dodaje się słowo: „tysięcy”.

Po poprawieniu tego zapisu cena ofertowa wynosi: 1.950.000,00 zł brutto (słownie: jeden milion dziewięćset pięćdziesiąt tysięcy zł).

Uzasadnienie.

W ofercie przed poprawieniem, cena ryczałtowa wynosiła 1.950.000,00 zł brutto (słownie: jeden milion dziewięćset pięćdziesiąt zł).

Po uzyskaniu wyjaśnień Wykonawcy oraz kierując się wyrokiem KIO z 31.03.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 319/09) Zamawiający uznał, że pominięcie w opisie słownym oznaczającym wysokość ceny ryczałtowej słowa „tysięcy” miało charakter oczywistej omyłki pisarskiej.

Omyłka ta ma charakter oczywisty, widoczny na pierwszy rzut oka, dlatego w myśl powołanego przepisu poprawiono ofertę firmy „NAPRZÓD” Sp. z o.o. (...).

Oceniając materiał dowodowy w sprawie, w granicach zarzutów przedstawionych w

odwołaniu oraz czynności zamawiającego polegających na poprawieniu słownego opisu ceny wybranej oferty przez dodanie słowa, wyrazu „tysięcy”, Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu wobec niespełnienia przesłanek z art. 192 ust. 2 Pzp.

W ocenie Izby, przedstawione dowody wskazują, że przystępujący Naprzód podał cenę oferty stosując się do postanowień SIWZ. W pkt II Formularza ofertowego w sposób wyraźny i jednoznaczny, zgodnie z żądaniem zamieszczonym w SIWZ, wpisał w pierwszej kolejności wartości liczbowe ceny ryczałtowej: **1.950.000,- zł brutto**, a w miejscu gdzie było to wyraźnie wskazane także (słownie: jeden milion dziewięćset pięćdziesiąt złotych zł), w tym 8 % podatku VAT (cena przedstawiona liczbowo i słownie oraz stawka podatku VAT zostały wpisane odrębnie - podkreślenie w tekście). Kwota słownie została wpisana tworząc zbitkę poszczególnych wyrazów, zwłaszcza wyrazów „dziewięćset pięćdziesiąt”, które zostały połączone.

Analizując oryginalny opis ceny na str. 229 oferty, zdaniem Izby, nie ma wątpliwości, że decydujące znaczenia w przedstawieniu ceny ma opis liczbowy - cyfry tworzące liczbę zostały napisane w sposób pewny z przyjętymi w praktyce stoperami (dwie kropki, przecinek i pozioma kreska), ułatwiającymi odczytanie kwoty składającej się z 7 cyfr. Przy porównaniu opisu liczbowego z opisem słownym, powstaje nieodparte przekonanie, że opis słowny nie odpowiada opisowi liczbowemu wyłącznie przez pominięcie w opisie słownym wyrazu „tysięcy”.

W tym kontekście, zgodnie ze stanem prawnym ustawy Pzp obowiązującym od 24 października 2008 r., zamawiający miał obowiązek ocenić, czy wpisanie ceny oferty jest skutkiem którejś z omyłek, o których stanowi przepis art. 87 ust. 2 Pzp, zobowiązujący zamawiającego do poprawienia omyłek w ofercie, czy błędem w obliczeniu ceny oferty, o którym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, zobowiązujący zamawiającego do odrzucenia oferty.

Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji omyłek, o których stanowią przepisy art. 87 ust. 2 pkt 1-3 i błędów w obliczeniu ceny oferty - art. 89 ust. 1 pkt 6, dla potrzeb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Definicje tych pojęć oraz interpretacje, stosowne do okoliczności sprawy, wywodzą się w większości przypadków z poprzedniego stanu prawnego obowiązującego przed 24 października 2008 r., w którym wyszczególniono - oczywiste omyłki pisarskie oraz omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny - art. 87 ust. 2 Pzp, zobowiązano zamawiających do poprawiania omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny w sposób wskazany w art. 88 Pzp oraz błędy w obliczeniu ceny - art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Sąd Okręgowy w Gdańsku orzekał dwukrotnie w 2008 r. w przedmiocie omyłek i błędów, w

tym w przywoływanym przez obie strony postępowania odwoławczego wyroku z 27 czerwca 2008 r., sygn. akt XII Ga 206/08, a także wcześniejszym wyroku z 21 maja 2008 r., sygn. akt XII Ga 151/08.

W obu wyrokach przedstawiono zbieżne oceny i poglądy, co do oczywistej omyłki pisarskiej i błędu pisarskiego.

W wyroku z 20 marca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 206/08), zaskarżonym i następnie utrzymanym w mocy wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z 21 maja 2008 r., sygn. akt XII Ga 151/08, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania, oceny: „Ustawodawca słusznie nie zdefiniował oczywistej omyłki pisarskiej, ponieważ nie jest to materia nadająca się do zdefiniowania. Natomiast należy przy rozstrzygnięciu o konkretnych przypadkach mieć na względzie przede wszystkim orzecznictwo, które powinno być traktowane pomocniczo”.

Dokonując analizy istniejącego orzecznictwa skład orzekający Izby wskazał na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 23 kwietnia 2001 r. (II SA 863/00) odnoszący się do błędu pisarskiego z art. 113 k.p.a. w myśl, którego „błąd pisarski to widoczne, wbrew zamierzeniu (...) niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylna pisownia albo widoczne niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów”. Z powyższego wynika - w ocenie Izby - „że omyłka musi mieć charakter nieumyślny, niezamierzony, wręcz musi zaistnieć wbrew woli popełniającego omyłkę. Musi być ona widoczna i polegać na nieodpowiednim użyciu wyrazów, w tym wypadku nieodpowiednim użyciu liczby „19” zamiast „21”.”.

„(...) Pozostaje kwestia oczywistości omyłki, przy której powołuje się często sformułowania oznaczające, iż musi ona być widoczna gołym okiem, niewymagająca badań czy ustaleń. Kwestię „oczywistości” również należy ocenić w zależności od rodzaju omyłek. W tym wypadku chodzi o to, że Zamawiający sporządził przedmiar robót, a wykonawca miał przedstawić jego lustrzane odbicie z wstawieniem tylko cen. W takim razie nie można stwierdzić niezgodności kosztorysu bez porównania go z przedmiarem. Nie oznacza to jednak, że takie porównanie wykracza poza tzw. widoczne gołym okiem omyłki”.

Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 21 maja 2008 r., sygn. akt XII Ga 151/08, oddalającym skargę na wyrok Izby orzekł: „W ocenie Sądu Okręgowego, uznać należy, iż w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z oczywistą omyłką, o której mowa w art. 87 ust. 2 ww. ustawy. Nie istnieje, co prawda legalna definicja oczywistej omyłki pisarskiej, o której mowa w treści art. 87 ust. 2 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 - tekst jedn.), lecz zarówno doktryna jak i orzecznictwo sądowe wielokrotnie definiowało to pojęcie w kontekście różnego rodzaju przepisów prawnych, w których jest mowa o błędach i omyłkach pisarskich i rachunkowych. Najogólniej

rzecz biorąc błąd pisarski to widoczne, wbrew zamierzeniu, niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylna pisownia albo widocznie niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów itp.". Definiując natomiast omyłki pisarskie należałoby uznać, że są to omyłki stojące na równi z błędami pisarskimi lub rachunkowymi, a zatem tylko omyłki polegające na tym, że wyrażono coś, co jest niezgodne z myślą niedwuznacznie wyrażoną przez podmiot, a zostało wypowiedziane tylko przez przeoczenie, niewłaściwy dobór słów itp.".

„(...) Podkreślenia wymaga, że oczywista omyłka pisarska jest zwykle wynikiem przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, nigdy zaś chybienia merytorycznego. Poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli. Mimo tego że, poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej zawsze będzie skutkowało zmianą treści ofert, to należy pamiętać, że będzie tak jedynie w znaczeniu technicznym, nie zaś merytorycznym. W wyniku zatem poprawienia omyłki nie zmienia się treść oferty w sensie treści oświadczenia woli wykonawcy (Prawo zamówień publicznych, komentarz, Paweł Granecki, wydawnictwo C.H., Warszawa 2007 r., str. 246)".

W końcowej części uzasadnienia wyroku, sąd wskazując na projekt nowelizacji Pzp (numer druku 471) ze stron internetowych Sejmu i Senatu, zmieniającej przepis art. 87 ust. 2 Pzp (brzmienie aktualnie obowiązujące), podał: „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2 ustawy. Powyższe prowadzi

do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami”.

W ocenie Izby, w przeciwieństwie do powyższego - omyłek uregulowanych aktualnie w art. 87 ust. 2 pkt 1-3 Pzp - błąd w obliczeniu ceny oferty, do którego ma zastosowanie przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, nie jest *de facto* błędem rachunkowym, lecz błędem polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę poszczególnych elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny - tak m.in. opracowanie: Jerzy Baehr, Tomasz Czajkowski, Włodzimierz Dzierżanowski, Tomasz Kwieciński, Waldemar Łysakowski, Prawo zamówień publicznych, komentarz pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, wydanie trzecie, stan prawny na 1 stycznia 2008 r., Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007, str. 307.

Na podstawie powyższego należy uznać, że rozbieżność w opisie ceny oferty przedstawionej liczbowo i słownie, nie stanowi błędu polegającego na wadliwym doborze przez wykonawcę poszczególnych elementów oferty mających wpływ na właściwe obliczenie ceny, nie stanowi również oczywistej omyłki rachunkowej, przez którą należy rozumieć omyłkę w przeprowadzeniu rachunków na liczbach przy obliczaniu ceny, także nie stanowi innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, gdzie ma znaczenie wyłącznie waga „istotności” (różnica w wyrażeniu liczbowym i słownym ceny w rozpoznawanej sprawie wynosi 949 050 zł).

Zatem, biorąc pod uwagę wskazane przepisy Pzp i cytowane postanowienia SIWZ, przywołane orzecznictwo, w tym też wyrok Izby z 13 września 2012 r., sygn. akt KIO 1840/12, należy uznać, że zamawiający słusznie ocenił konieczność poprawy słownego przedstawienia ceny oferty przez uznanie, że opuszczenie wyrazu „tysięcy” zobowiązuje go do poprawienia ceny, jako oczywistej omyłki pisarskiej wynikającej z opuszczenia wyrazu. Z porównania sposobu przedstawienia ceny jednoznacznie wynika, że poprawienie ceny wskazanej liczbą (odwołujący podnosił poprawienie opisu w ten sposób, że zamawiający mógł uznać za właściwy opis słowny), wiązałoby się z dokonaniem bardziej zaawansowanej i interwencyjnej poprawy cyfr tworzących liczbę, niż uzupełnienie przedstawienia słownego, przez wstawienie wyraźnie opuszczonego wyrazu „tysięcy”.

Zastosowanie art. 87 ust. 1 Pzp, jest uprawnieniem zamawiającego, możliwym do korzystania w każdej sytuacji, kiedy okoliczności sprawy, w ocenie zamawiającego, tego wymagają. Przyjęto w orzecznictwie jednoznaczne stanowisko, że zastosowanie przepisu lub zaniechanie jego zastosowania nie stanowią podstawy do formułowania roszczeń wykonawcy z tego tytułu.



O ile odwołujący nie wykaże, że oferta przystępującego Naprzód podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, to poprawienie oferty, nawet w przypadku innych uchybień ze strony zamawiającego, nie ma wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w takiej sytuacji nie stanowi podstawy do uwzględnienia odwołania (art. 192 ust. 2 Pzp) .

W ocenie Izby, słusznie podniesiono w toku postępowania odwoławczego, że ze względu na odrębność specyficznych regulacji Prawa wekslowego i Prawa czekowego oraz brak odpowiedniego odesłania ustawowego do stosowania tych przepisów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie ma podstaw, by poprawienie ceny oferty ocenić z uwzględnieniem sposobu poprawienia analogicznego do uregulowań przyjętych w przywołanych ustawach.

Wskazane przez odwołującego na rozprawie posłużenie się przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie sformułowaniem o wariantowości propozycji cenowej, wobec złożonych przez zamawiającego wyjaśnień i wykazania, że określenie to dotyczy opisu ceny - liczbowo i słownie, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania. Przedmiotem oceny jest wezwanie zamawiającego z 25 marca 2013 r., w którym nie ma zarówno wariantowości, jak też elementów wskazujących negocjacje z wykonawcą, odpowiedź z 26 marca 2013 r., w której wykonawca wskazał na popełnienie niezamierzonej omyłki pisarskiej, przy braku w piśmie jakiegokolwiek określenia o popełnionym błędzie w cenie oferty oraz zawiadomienie zamawiającego z 13 maja 2013 r. o poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej.

Reasumując, Izba uznała brak podstaw do podważenia czynności zamawiającego, w konsekwencji - przesłanek do uwzględnienia odwołania. W tej sytuacji należało przyjąć, że nie zostały naruszone przepisy wskazane w odwołaniu - art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 1, art. 82 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 6, art. 91 ust. 1 Pzp i w konsekwencji art. 7 ust. 1 przez nierówne traktowanie wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji.

Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp

stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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), uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

**Przewodniczący: .....**