

**WYROK**

**z dnia 27 maja 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2013 r. przez wykonawcę **G..... K....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą INTECH G..... K....., 26-021 Daleszyce, Suków 85** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Busko-Zdrój, 28-100 Busko-Zdrój, ul. Mickiewicza 10**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Usługowo-Produkcyjno-Handlowego „OTECH” Sp. z o.o., 38-300 Gorlice, ul. Dukielska 83** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Busko-Zdrój, 28-100 Busko-Zdrój, ul. Mickiewicza 10** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero grosz), uiszczoną przez wykonawcę **G..... K....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą INTECH G..... K....., 26-021 Daleszyce, Suków 85** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Gminy Busko-Zdrój, 28-100 Busko-Zdrój, ul. Mickiewicza 10** na rzecz wykonawcy **G..... K....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą INTECH G..... K....., 26-021 Daleszyce, Suków 85** kwotę **23 600**

**zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Kielcach.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „zaprojektowanie i budowa instalacji solarnej do podgrzewu wody dla budynku krytej pływalni przy ul. Grotta w Busku Zdroju”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 032-050247.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż treść jego oferty odpowiada treści SIWZ;
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
3. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty;
4. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania oraz oceny oferty Odwołującego i w konsekwencji dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, a w tym ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, dotyczących treści złożonej oferty lub poprawienia oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wyjaśnił, iż w swojej ofercie zaoferował do zamontowania kolektory słoneczne typ BASICX 2.85 2C, które w pełni spełniają wymagania zawarte w SIWZ, czego potwierdzeniem były załączone do oferty certyfikaty, świadectwa wydajności oraz sprawozdanie z badań. Z tych dokumentów, stanowiących integralną część oferty, w sposób jednoznaczny i wyraźny wynika, iż Odwołujący zaoferował kolektory słoneczne typ BASICX 2.85 2C.

Odwołujący podkreślił, że jego oferta odpowiadała w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ, a jedynie omyłkowo błędnie wpisany został do oferty wyraz „SUNEX SX 2,85 m<sup>2</sup>”, który mógł sugerować kolektor inny niż oferowany. Odwołujący zwrócił uwagę, iż Odwołujący w swoim oświadczeniu z dnia 18 kwietnia 2013 r., złożonym w związku z wezwaniem Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, wskazał, iż kolektor słoneczny o nazwie „SUNEX SX 2,85 m<sup>2</sup>” wpisał wyłącznie omyłkowo, albowiem kolektor słoneczny o takiej nazwie nigdy nie był produkowany i oferowany przez firmę Sunex Sp. z o.o., na co Odwołujący załączył stosowne oświadczenia tegoż producenta.

Jak wyjaśnił dalej Odwołujący, do powstania przedmiotowej oczywistej omyłki doszło w wyniku symulacji związanej z przygotowaniem oferty przetargowej przeprowadzanej w programie „Get Solar” i mechanicznego, a w efekcie omyłkowego przepisania stamtąd nazwy do przygotowywanej oferty. Odwołujący zwrócił się jednocześnie do Zamawiającego o poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej poprzez zastąpienie wyrazu „SUNEX SX 2,85 m<sup>2</sup>” wyrazem „BASICX 2.85 2C”.

Odwołujący podniósł, iż w przypadku gdyby przyjąć, że z odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego nie wynikało w sposób jednoznaczny, iż oferowane kolektory spełniają wymagania zawarte w SIWZ, albo też mogło dość do wątpliwości, że są drugą ofertą Odwołującego, to Zamawiający zobowiązany był do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w tym zakresie.

Wobec treści dokumentów składających się na ofertę Odwołującego, a w tym formularza oferty i załączników w postaci certyfikatów, świadectw wydajności oraz sprawozdania z badań, a także wyjaśnień Odwołującego z dnia 18 kwietnia 2013 r., nie można, zdaniem Odwołującego, w żadnej mierze mówić o niezgodności treści tej oferty z treścią SIWZ, a jedynie - co najwyżej - o możliwych wątpliwościach, co do jej rzeczywistej treści w odniesieniu do przedmiotowej kwestii. W takiej sytuacji Zamawiający ma obowiązek skorzystać z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W tych okolicznościach, Zamawiający - przede wszystkim wobec treści oświadczenia Odwołującego, zawartego w jego ofercie oraz załączonych do niej certyfikatów, świadectw wydajności oraz sprawozdań z badań i wyjaśnień Odwołującego z dnia 18 kwietnia 2013 r., zawierających jego konkretne deklaracji, a także oświadczenia spółki Sunex S.A., załączonego do przedmiotowego wyjaśnienia z dnia 18 kwietnia 2013 r., powinien dokonać czynności poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej przez zastąpienie wyrazu „SUNEX SX 2,85 m<sup>2</sup>” wyrazem „BASICX 2.85 2C”, albo ewentualnie wezwać Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień treści oferty w zakresie, w którym powziął wątpliwość.

Odwołujący podkreślił, iż odrzucenie oferty jako niezgodnej z SIWZ może nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy nie jest możliwe poprawienie stwierdzonej niezgodności w treści oferty w sposób, o którym mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jeżeli zatem przyjąć, iż w

świetle przedstawionemu Zamawiającemu przez Odwołującego oświadczenia spółki Sunex S.A. nie mógł ten pierwszy dokonać czynności poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej przez zastąpienie wyrazu „SUNEX SX 2,85 m<sup>2</sup>” wyrazem „BASICX 2.85 2C”, to należało wykazać, dlaczego niezgodność ta nie może zostać poprawiona.

Odwołujący wskazał, że jak wynika z uzasadnienia do projektu ustawy z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, intencją ustawodawcy, który wprowadził przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ugruntowanej następnie w bogatym orzecznictwie, było umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcom, którzy złożyli oferty obarczone nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie.

Na marginesie Odwołujący zwrócił uwagę, iż zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jak najbardziej może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, o których stanowi ust. 1 przywołanego przepisu, zmierzającymi do ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz charakteru i rodzaju, czy samej potrzeby wprowadzenia ewentualnych zmian w jej treści (tak m.in. wyrok KIO z 12.06.2011 r., sygn. akt KIO 1366/11).

Odwołujący podniósł również, iż decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp musi mieć uzasadnienie w merytorycznej ocenie oferty, a nie być skutkiem sformalizowanego podejścia do postanowień SIWZ. Niezgodność treści oferty należy oceniać w kategorii ustawowej definicji oferty, określonej w art. 66 k.c., rozumianej jako niezgodność oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego wyłącznie w merytorycznym zakresie przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z dnia 30.07.2010 r., sygn. akt 1484/10).

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

W części III pkt 2 ppkt 2.1 SIWZ Zamawiający wskazał, że „*przedmiotem zamówienia jest opracowanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie rozbudowy istniejącego systemu uzyskiwania ciepła dla podgrzewania ciepłej wody użytkowej (c.w.u.) oraz wody basenowej, o układ wykorzystania energii ze źródeł odnawialnych z zastosowaniem kolektorów słonecznych*”. Zamawiający podał, że zakres przedmiotu zamówienia obejmuje opracowanie dokumentacji projektowej niezbędnej do wykonania robót budowlanych wraz z dostawą i instalacją paneli słonecznych, zakup i dostawę kolektorów słonecznych oraz koniecznego wyposażenia dodatkowego według dokumentacji projektowej, wykonanie niezbędnych robót budowlanych, adaptacyjnych, naprawczych towarzyszących montażowi kolektorów i wykonaniu instalacji, montaż kolektorów słonecznych na zaprojektowanej konstrukcji, wykonanie rurarzu i połączeń hydraulicznych, armatury towarzyszącej, izolacji termicznych

oraz prac zabezpieczających, wpięcie kolektorów słonecznych w istniejący system przygotowania c.w.u. oraz system podgrzania wody basenowej wraz z uruchomieniem technicznym, wykonanie i dostarczenie dokumentacji powykonawczej, serwis techniczny oraz przeglądy techniczne, szkolenie pracowników Zamawiającego, wykonanie i montaż na budynku pływalni Miejskiej: tablicy informacyjnej o źródle dofinansowania projektu, trwałych tablic pamiątkowych, wykonanie i montaż w trwałej technice schematów obrazujących zasadę działania kolektorów słonecznych i współdziałania w przedmiotowym projekcie (część III pkt 2 ppkt 2.2 SIWZ).

W celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, wykonawcy zostali zobowiązani do przedstawienia następujących dokumentów (część IX lit. C SIWZ):

1. *„opisu urządzeń technicznych, instrukcji obsługi oraz środków stosowanych przez wykonawcę dostaw lub usług oraz opisu zaplecza naukowo-badawczego wykonawcy, w celu potwierdzenia zapewnienia odpowiedniej jakości realizowanego zamówienia tzn. wykaz, schemat i opis proponowanego systemu solarnego wykorzystującego energię słoneczną,*
2. *zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczone produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym*
3. *zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołują się do systemów zapewnienia jakości opartych na odpowiednich normach europejskich – zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że oferowane kolektory słoneczne przeszły badania potwierdzające ich pełną zgodność z zakresem normy PN-EN12975:1 słoneczne systemy grzewcze i ich elementy- kolektory słoneczne (lub równoważną normą) według metodyki badań ujętej w PN-EN 12975:2 (...)*”.

Do oferty Odwołującego zostały dołączone m.in. następującego dokumenty: „Obliczenia uzysku cieplnego z instalacji solarnej dla Pływalni w Busku Zdroju (na podstawie symulacji w GetSolar)”, „Opis proponowanego systemu solarnego wraz z wykazem urządzeń wykorzystującego energię słoneczną dla budynku Krytej Pływalni przy ul. Grotta w Busku-Zdroju” (str. 58-65), w których treści wykonawca wskazał na użycie kolektora typu SUNEX SX 2,85 m<sup>2</sup>. Zaś, na str. 68-85 oferty znajdują się dokumenty wydane na rzecz Sunex sp. z o.o., a dotyczące w szczególności kolektora typu BASICX 2,85C m.in. certyfikat potwierdzający, że wymienione w treści przedmiotowego dokumentu kolektory słoneczne są

zgodne z normami DIN EN 12975:2006-06 i DIN EN 12975-2:2006-06, świadectwo wydajności minimalnej kolektora i sprawozdanie z badań, dotyczących sprawności termicznej kolektorów słonecznych zgodnie z normą EN 12975:2006.

Pismem z dnia 17 kwietnia 2013 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia „certyfikatu na znak „Solar KEYMARK” lub innego równoważnego certyfikatu – zgodnie z wykazem dokumentów określonym w SIWZ część IX pkt C ppkt 2 i 3, dla proponowanego w ofercie kolektora typ: SUNEX SX 2,85 m<sup>2</sup>.” Uzasadniając wezwanie Zamawiający wskazał, „że z dokumentów złożonych w ofercie tj. „opis proponowanego systemu solarnego wraz z wykazem urządzeń wykorzystującego energię słoneczną dla budynku Krytej Pływalni przy ul. Grotta w Busku-Zdroju” oraz „Obliczenia uzysku cieplnego z instalacji solarnej dla Pływalni w Busku-Zdroju (na podstawie symulacji w GET Solar)” wynika, że Wykonawca proponuje zastosowanie dla przedmiotowej instalacji kolektorów słonecznych typ – SUNEX SX 2,85 m<sup>2</sup>. Złożone w ofercie certyfikat i badanie AIT nie dotyczą zaoferowanego kolektora, lecz kolektora BASICX 2,85 C. Zatem brak Certyfikatu na znak „Solar KEYMAR” (lub innego równoważnego certyfikatu) z załącznikiem (tzw. „Raport z testów”) dla kolektora słonecznego typ: SUNEX SX 2,85 m<sup>2</sup> produkowanego przez firmę SUNEX Sp. z o.o. uniemożliwia Zamawiającemu potwierdzenie, że oferowane kolektory słoneczne odpowiadają wymaganiom i parametrom określonym przez Zamawiającego w SIWZ i PFU.”

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie (pismo z dnia 18 kwietnia 2013 r.) Odwołujący wyjaśnił, że zaoferował „do zamontowania w ramach przedmiotowego zadania kolektory typu BASICX 2,85 C. Kolektory te spełniają wymagania zawarte w SIWZ na dowód tego Oferent dołączył do oferty dokumenty towarzyszące będące integralną częścią oferty strona 000068 do 000085 (certyfikat, świadectwo wydajności, sprawozdanie z badań). Przy tym omyłkowo wpisał do oferty wyraz „SUNEX SX 2,85 m<sup>2</sup>” mogący sugerować inny kolektor niż zaoferowany. Kolektor pod nazwą omyłkowo wpisaną do oferty nie był produkowany jak i nie był oferowany przez firmę Sunex sp. z o.o. w załączeniu kopia oświadczenia firmy Sunex. Jednak nazwa taka występuje domyślnie w programie Get Solar dlatego omyłkowo została zaznaczona w trakcie wykonywania symulacji zamiast nazwy poprawnej i przepisana do oferty (...). Przygotowując ofertę firma INTECH otrzymała od producenta firmy SUNEX ofertę na kolektor BASICX 2,85 2C wraz z dokumentami towarzyszącymi które załączyliśmy do oferty. Tym samym uważamy iż w wykazie proponowanego wyposażenia systemu solarnego jak i symulacji w Get Solar nastąpiła oczywista omyłka pisarska (...). Zwracamy się do Zamawiającego o poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej poprzez zastąpienie wyrazu „SUNEX SX 2,85 m<sup>2</sup>” wyrazem BASICX 2,85 2C, na co wyrażamy zgodę.”

Zaniechanie uzupełnienia wymaganego dokumentu spowodowało odrzucenie oferty Odwołującego, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że jakkolwiek w przepisie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp mowa jest o uprawnieniu zamawiającego, to w orzecznictwie przyjmuje się, że przepis ten kreuje dla zamawiającego obowiązek uzyskania wyjaśnień w sytuacji, w której zachodzą jakiegokolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty, w szczególności, gdy treść dokumentów pozostaje niespójna.

W ocenie Izby, z opisaną sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Odwołujący wskazał bowiem na produkt, który oferuje, składając jednocześnie dokumenty, żądane przez Zamawiającego, które winny potwierdzać spełnianie określonych przez Zamawiającego wymogów, jednakże dotyczące innego produktu. Występująca rozbieżność powodowała, że nie było wiadomo, jaki w istocie produkt został zaoferowany i w konsekwencji, czy spełnia wymagania Zamawiającego. W tych okolicznościach, zdaniem Izby, Zamawiający winien zaistniały stan rzeczy wyjaśnić, a nie w sposób arbitralny przyjmować, że rozstrzygającą rolę mają dokumenty sporządzone przez Odwołującego, pomijając jednocześnie okoliczność, że dokumenty potwierdzające parametry (cechy) produktu, dotyczą innego urządzenia oraz co istotne, iż kolektor wskazany przez Odwołującego nie spełnia wymagań Zamawiającego. Za nieuprawnione należy uznać takie działanie Zamawiającego, który nie mając ku temu wyraźnych podstaw, przyjmuje, iż treścią oferty objęte jest oświadczenie, które rodzi dla Odwołującego negatywne konsekwencje tym bardziej, że na co zwraca się uwagę w orzecznictwie, iż wolą wykonawcy jest złożenie oferty zgodnej z treścią SIWZ, bowiem celem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Zatem, w ocenie Izby, Zamawiający odstępując od żądania wyjaśnień treści oferty Odwołującego naruszył przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba nie nakazuje dokonania przedmiotowej czynności, bowiem w istocie niezbędne wyjaśnienia zostały przez Odwołującego złożone w piśmie z dnia 18 kwietnia 2013 r. i podlegają one ocenie, a nie jak uczynił to Zamawiający, pominięciu.

W tych okolicznościach, rozważenia wymaga, czy uwzględniając wyjaśnienia złożone przez Odwołującego, istnieje możliwość uznania, że występującą w ofercie Odwołującego niespójność, należy zakwalifikować jako omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Okoliczność ta ma niebagatelne znaczenie, bowiem sposób zakwalifikowania omyłki determinuje dalsze działania Zamawiającego. Zaliczenie omyłki do kategorii omyłek



wskazanych w powołanym przepisie powoduje powstanie po stronie Zamawiającego obowiązku jej poprawienia. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że w badanym stanie faktycznym wskazanych omyłek nie można zaliczyć do grupy oczywistych omyłek pisarskich. Izba stoi bowiem na stanowisku, że w zakresie tej kategorii pojęciowej mieszczą się jedynie tego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej analizy. Co oznacza, że ich poprawienie nie wywołuje zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy (w sensie merytorycznym).

W niniejszym stanie faktycznym, konieczność uzyskania wyjaśnień dla jednoznacznego ustalenia treści oferty jednoznacznie potwierdza, że rzeczona niespójność nie jest zauważalna przez każdego, nie musi być nawet dostrzeżona przez profesjonalistę. Jednakże Zamawiający nie może poprzestać jedynie na ocenie w świetle przepisu art. 87 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Bez znaczenia jest bowiem okoliczność, iż sam Odwołujący w piśmie z dnia 18 kwietnia 2013 r. zakwalifikował popełniony błąd do kategorii omyłek pisarskich, skoro ustawodawca mocą przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązał zamawiającego do poprawienia wszystkich kategorii omyłek, wymienionych we wskazanym przepisie. Zamawiający nie może się więc ograniczyć do oceny omyłki jedynie pod kątem omyłki pisarskiej.

W ocenie Izby, występująca niespójność pomiędzy dokumentami dołączonymi do oferty oraz okoliczność, że intencją każdego wykonawcy jest złożenie oferty zgodnej z treścią SIWZ pozwala na przyjęcie, przy uwzględnieniu faktu, że dokumenty potwierdzające wymagania Zamawiającego dotyczyły urządzenia, które posiada cechy oczekiwane przez Zamawiającego, pozwala na przyjęcie, że wskazanie na kolektor typu Sunex SX 2,85 m<sup>2</sup> w dokumencie „Opis proponowanego systemu solarnego (...)” jest wynikiem błędu. Zaś, dokument „Obliczenie uzysku cieplnego (...)” nie może mieć rozstrzygającego znaczenia skoro nie był przez Zamawiającego wymagany.

Do rozstrzygnięcia pozostaje zatem kwestia, czy poprawienie wskazanych omyłek, polegających na niezgodności oferty z SIWZ, nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Tylko bowiem w sytuacji, gdy poprawienie omyłek nie wywoła skutku w postaci istotnej zmiany w treści oferty, ustawodawca dopuszcza ingerencję w treść oferty, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w celu wyeliminowania niezgodności z SIWZ. Skoro oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, zawierające propozycję zawarcia umowy, to dopuszczalna jest na gruncie powołanego przepisu, zmiana treści przedmiotowego oświadczenia wykonawcy, a w konsekwencji istotnych postanowień proponowanej umowy. Nie ulega zaś wątpliwości, że oferta określa przedmiotowo istotne elementy umowy

(*essentialia negotii*). Ustawodawca dopuszczając jednak możliwość zmian w treści oferty, wywołanych na skutek poprawienia innych omyłek niż pisarskie, czy rachunkowe, określił jednocześnie ich granicę. Dokonane zabiegi nie mogą bowiem prowadzić do istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja wskazuje, że ustawodawca posługując się pojęciem nieostrym (istotne zmiany) zrezygnował z określenia katalogu dopuszczalnych zmian w treści oferty (jak miało to miejsce w uchylonym przepisie art. 88 ustawy Pzp), które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, dając wyraz temu, iż ważne są okoliczności sprawy. Tylko bowiem przy ich uwzględnieniu, można ocenić, czy poprawienie omyłki doprowadzi do istotnej zmiany w treści oferty.

Skoro treść oferty obejmuje istotne postanowienia umowy, a więc postanowienia, które odnoszą się m.in. do przedmiotu i ceny to na tej płaszczyźnie możliwe jest dokonywanie zmian. W okolicznościach niniejszej sprawy Izba uznaje za dopuszczalne poniższe zmiany z tej przyczyny, że treścią oferty było również objęte wskazanie na produkt BASICX 2,85 2C poprzez dołączenie dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań Zamawiającego. Dokonanie więc zmiany we wskazanych wyżej dokumentach spowoduje jedynie doprowadzenie do zgodności oferty z dokumentami, które dotyczą produktu spełniającego wymagania Zamawiającego, nie doprowadzi to zaś do wytworzenia nowego oświadczenia woli, które nie znajduje uzasadnienia w treści złożonej oferty.

Reasumując, stwierdzić należy, iż wprowadzenie przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp miało na celu wyeliminowanie sytuacji, w których stwierdzone w ofertach niedokładności, rozbieżności, niespójności prowadziły do odrzucenia oferty. Ustawodawca wprowadzając powołany przepis dał prymat obowiązkowi korygowania ofert wykonawców, w granicach określonych przez prawo, na dalszy plan przesuwając formalizm postępowania. Zatem występowanie, jak wykazywał Zamawiający, na rynku urządzenia typu SX 2,85, produkowanego przez Sunex sp. z o.o. i wskazanego w ofercie, nie stoi na przeszkodzie uznaniu, iż w istocie wolą Odwołującego było zaoferowanie innego urządzenia, jeśli znajduje to uzasadnienie nie tylko w złożonych wyjaśnieniach, ale również w treści oferty.

Z tych przyczyn należało uznać, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego nie znajdowała podstaw, co doprowadziło do naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 20.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....