

Sygn. akt: KIO 854/19

WYROK

z dnia 24 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2019 r. przez wykonawcę: **P.P.U.H. ELEKTROMONT Sp. z o.o., ul. Podmiejska 81A, 44-207 Rybnik** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PGE Energia Ciepła S.A., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy: **Doosan Babcock Energy Polska S.A., ul. Golejowska 73B, 44-207 Rybnik** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: P.P.U.H. ELEKTROMONT Sp. z o.o., ul. Podmiejska 81A, 44-207 Rybnik, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: P.P.U.H. ELEKTROMONT Sp. z o.o., ul. Podmiejska 81A, 44-207 Rybnik tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy P.P.U.H. ELEKTROMONT Sp. z o.o., ul. Podmiejska 81A, 44-207 Rybnik na rzecz zamawiającego PGE Energia Ciepła S.A., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Warszawie.**

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: PGE Energia Ciepła S.A., z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Przeeglądy, konserwacje i usługi utrzymania ruchu urządzeń i instalacji elektroenergetycznych nn i SN w PGE Energia Ciepła S.A. Oddział w Rybniku”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 stycznia 2019 r. pod nr 2019/S 014-029867.

W dniu 29 kwietnia 2019 r. wykonawca P.P.U.H. ELEKTROMONT sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku został poinformowany o odrzuceniu złożonej oferty.

Wykonawca P.P.U.H. ELEKTROMONT sp. z o.o. wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu działanie niezgodne z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, poprzez odrzucenie jego oferty i przyjęcie, że treść złożonej oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp:

1. art. 87 Pzp, poprzez zaniechanie zastosowania tego przepisu;
2. art. 89 pkt 1 ust 2 Pzp, poprzez niewłaściwe jego zastosowanie;
3. art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, poprzez zaniechanie zastosowania tego przepisu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uchylecia czynności odrzucenia oferty PPUH ELEKTROMONT sp. z o.o. z dnia 29 kwietnia 2019 r. oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że jako oferent biorący udział w postępowaniu, którego oferta była kolejną z ofert złożonych - posiada realną szansę na wybór jego oferty przez Zamawiającego.

Oferta Odwołującego złożona w postępowaniu w załączniku nr 4 zawiera szczegółową kalkulację cenową jednostkowych czynności, składających się na ogół świadczeń wchodzących w zakres objęty przedmiotem postępowania. W ofercie w pozycji 688 Odwołujący zawarł zapis: „Wybudowanie rusztowania o powierzchni 1 m² Budowa Rusztowania”. W dniu 14 marca 2019 r. w wyjaśnieniach Odwołujący dokonał korekty (poprawki) ww. pozycji, poprzez jej rozbięcie na 2 składowe elementy tj.:

„688a Budowa rusztowania o szerokości ≤1 m

Wybudowanie rusztowania o powierzchni 1 m² (długość x wysokość rusztowania) do 2 tygodni ich zamontowania. Wysokość rusztowania to wysokość od poziomu posadowienia do najwyższego podestu roboczego, powiększona o 2 metry. UWAGA: dla rusztowań zamontowanych powyżej 2 tygodni, za każde następne dwa tygodnie ich zamontowania

„dodatkowe wynagrodzenie: 0,2 x (koszt rusztowania za pierwsze dwa tygodnie)” oraz „688b Budowa rusztowania o szerokości > 1 m

Wybudowanie rusztowania o kubaturze 1 m³ (długość x szerokość x wysokość rusztowania) do 2 tygodni ich zamontowania. Wysokość rusztowania to wysokość od poziomu posadowienia do najwyższego podestu roboczego, powiększona o 2 metry. UWAGA: dla rusztowań zamontowanych powyżej 2 tygodni, za każde następne dwa tygodnie ich zamontowania dodatkowe wynagrodzenie: 0,2 x (koszt rusztowania za pierwsze dwa tygodnie).”

Odwołujący wyjaśnił, że dokonanie powyższego rozbiecia było konieczne w świetle katalogu czynności zawartych w Katalogu Operacji Remontowych sporządzonych przez Zamawiającego, który wymagał odrębnego rozbiecia kosztu posadowienia rusztowań o szerokości do i ponad 1 metr. W pierwotnej ofercie Odwołującego pozycja powyższa została zunifikowana.

W wyniku dokonanej korekty wartość globalna nie uległa zmianie - a jedynie zostały uszczegółowione elementy składowe powyższej czynności na rozdział wskazany w pkt. 688a i 688b. Taka korekta w żadnym zakresie nie stanowi zastąpienia brzmienia oferty. Skoro Zamawiający wymagał dokonania wyceny pozycji „budowa rusztowania”, to jej treść zawierała w sobie 2 stany faktyczne (późniejsza pozycja 688a i 688 b). Takie sprecyzowanie treści oferty stanowi korektę oczywistej omyłki i nie wpływa na treść oferty w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający winien był wezwać Odwołującego do skorygowania powyższego zapisu, względnie dokonać samodzielnie uzupełnienia powyższego.

Odwołujący wskazał, że oczywistą omyłką pisarską, jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu; czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Oczywistą omyłką pisarską jest nie tylko taka omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, ale również taka, którą można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty. Istotne jest przy tym, żeby w wyniku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniała się treść oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2014 r. sygn. akt KIO 73/14 oraz wyrok z dnia 16 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 650/12).

Odwołujący wskazał także, że poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek:

- niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści;

- poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Sąd Okręgowy w Krakowie stwierdził, że: „artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp”. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (essentialia negotii) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie - czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Przywołany przepis art. 87 ust. 1 Pzp określa również granice w zakresie możliwości poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, wskazując, iż niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. A zatem, nie jest możliwe poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w sytuacji, w której prowadziłyby to do negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Przeszkody w zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie stanowi, co do zasady, fakt, że poprawiona oferta stanie się ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący zauważył, że z analizy orzecznictwa wynika, że tryb poprawiania omyłek określony w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wykorzystywany jest bardzo często do korygowania nieprawidłowości w kosztorysach ofertowych. Poprawieniu mogą podlegać wadliwie podane elementy kalkulacyjne, w tym ilości lub wymiary dla poszczególnych pozycji kosztorysowych - zarówno nie mające wpływu, jak również, mające wpływ na cenę całkowitą oferty, czy cenę jednostkową, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty, z ewentualnym uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Nie każde pominięcie wyceny pozycji kosztorysu powinno skutkować koniecznością odrzucenia oferty. Uzupełnienie brakującej pozycji, poprzez jej dopisanie, możliwe byłoby wtedy, gdy na podstawie danych zawartych w kosztorysie dałoby się wyliczyć zarówno cenę jednostkową, jak i wartość tej pozycji.

Kwalifikator „istotnych zmian”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp należy odnosić

do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje, czy nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego.

Wykonawca Doosan Babcock Energy Polska S.A., z siedzibą w Rybniku zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie po stronie Zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Wskazał, że działań Odwołującego z pewnością nie można interpretować w kategoriach omyłki, która na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp mogłaby zostać skorygowana. Odwołujący wyraźnie zaoferował wykonanie rusztowań o powierzchni 1 m², a dopiero wskutek wyjaśnień dodał pozycję dotyczącą wybudowania rusztowań o powierzchni mniejszej niż 1m². W przeciwieństwie do tego co twierdzi Odwołujący, nie doszło w ten sposób do skorygowania omyłki i rozbicia pierwotnej pozycji, ale do dodania kolejnej pozycji w ofercie w celu następczego dostosowania oferty do wymagań SIWZ, co było działaniem niedopuszczalnym. Złożenie oferty odbiegającej od postanowień SIWZ było działaniem celowym i przemyślanym, co potwierdza samowolna korekta, jak również treść wniesionego odwołania.

Zamawiający, pismem z dnia 23 maja 2019 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Wyjaśnił, że w dniu 1 marca 20.19 r. udzielił wyjaśnień treści SIWZ w zakresie metodologii wyceny prac rusztowaniowych. W odpowiedzi na kolejne zapytanie wykonawcy, w dniu 14 marca 2019 r. Zamawiający doprecyzował treść SIWZ, poprzez zmianę dotychczasowego brzmienia pozycji 688 zamieszczonej w Katalogu Operacji Remontowych. Zmiana polegała na podziale dotychczasowej pozycji 688 na dwie pozycje 688 a i 688 b, co było niezbędne ze względu na fakt, iż w zależności od konfiguracji, cena budowy rusztowania jest różna.

Zamawiający podkreślił, że rozliczanie wykonanych Prac Utrzymeniowych, prac realizowanych w ramach Zleceń Wykonania Usługi w ramach Umowy będzie się odbywało na podstawie kosztorysów powykonawczych na podstawie jednostkowych cen ryczałtowych określonych w Katalogu czynności, dlatego też niezbędne jest precyzyjne i prawidłowe określenie wynagrodzenia za poszczególne czynności.

Odwołujący w swojej ofercie nie uwzględnił ww. zmiany SIWZ, co powoduje, że cena podana w ofercie Odwołującego nie uwzględnia wszystkich wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ w zakresie wymaganych pozycji kosztorysowych ujętych w Katalogu czynności. Odwołujący nie wskazał na jakiej podstawie Zamawiający miałby uznać, iż przedmiotowy brak w ofercie Odwołującego jest omyłką. W ofercie nie ma bowiem żadnych

treści, które pozwalałyby przyjąć takie założenie. Zamawiający może dokonać poprawienia omyłki tylko w sytuacji, gdy wie jak poprawy dokonać. Wiedza ta powinna wynikać z treści oferty ewentualnie, jednakże w ograniczonym zakresie, z wyjaśnień uzyskanych od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

W niniejszej sprawie brak jest możliwości poprawy oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ wymagane dane nie wynikają z żadnej innej części oferty, wyjaśnień, ani faktów notoryjnych. Poprawa omyłki prowadziłaby zatem do negocjowania treści oferty z wykonawcą, co jest niedopuszczalne. Zamawiający nie miał możliwości dokonania konwalidacji oferty Odwołującego, wobec czego prawidłowo zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, odrzucając tę ofertę.

Strony podtrzymały na rozprawie swoje stanowiska. Odwołujący dodatkowo wyjaśnił, że w toku badania i oceny ofert przez Zamawiającego nie przesłał Zamawiającemu pisma zawierającego wyjaśnienia dotyczące treści złożonej oferty, o którym mowa w odwołaniu. Doprecyzował także zarzut naruszenia art. 87 Pzp, wskazując, że miał tu na uwadze zaniechanie zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Doosan Babcock Energy Polska S.A. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełniając wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. Izba nie uwzględniła opozycji złożonej przez Odwołującego wobec przystąpienia ww. wykonawcy. Oferta wykonawcy Doosan Babcock Energy Polska S.A. została sklasyfikowana na drugiej pozycji, zatem rozstrzygnięcie odwołania na korzyść Zamawiającego, skutkujące utrzymaniem decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego zwiększa szansę Przystępującego na uzyskanie zamówienia, biorąc pod uwagę, że Zamawiający nie dokonał jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W dniu 1 marca 2019 r. Zamawiający dokonał wyjaśnień treści SIWZ w odpowiedzi na pytania wykonawcy w zakresie metodologii wyceny prac rusztowaniowych. W dniu 14 marca 2019 r. Zamawiający doprecyzował treść postanowień SIWZ, poprzez zmianę dotychczasowego brzmienia pozycji 688 zamieszczonej w Katalogu Operacji Remontowych. Zmiana polegała na podziale dotychczasowej pozycji 688 na dwie pozycje, tj. 688a i 688b, które należało odrębnie wycenić w zależności od konfiguracji wykonania rusztowania.

W przedmiotowym postępowaniu, rozliczanie wykonanych Prac Utrzymaniowych, prac realizowanych w ramach Zleceń Wykonania Usługi na podstawie zawartej z wykonawcą Umowy będzie się odbywało na podstawie kosztorysów powykonawczych w oparciu o ceny jednostkowe ryczałtowe określone w Katalogu czynności, których precyzyjne i prawidłowe określenie w ofercie jest konieczne do ustalenia wynagrodzenia wykonania poszczególnych czynności. Odwołujący przyznał w odwołaniu, że dokonanie powyższego rozbicia było konieczne w świetle katalogu czynności zawartych w Katalogu Operacji Remontowych sporządzonych przez Zamawiającego, który wymagał odrębnego rozbicia kosztu posadowienia rusztowań o szerokości do i ponad 1 metr.

Odwołujący w złożonej ofercie nie uwzględnił ww. zmiany SIWZ – wycenił pozycję 688 w brzmieniu sprzed zmiany SIWZ z dnia 14 marca 2019 r. „Wybudowanie rusztowania o powierzchni 1 m² Budowa Rusztowania”. Oferta Odwołującego nie uwzględnia zatem wszystkich wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ w zakresie wymaganych pozycji kosztorysowych ujętych w Katalogu czynności. Tym samym oferta nie umożliwia prawidłowej realizacji zamówienia i rozliczenia wykonywanych prac zgodnie z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi natomiast, że zamawiający 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. Stosownie zatem do treści art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji skutkuje odrzuceniem oferty wówczas, gdy treść oferty nie może podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp. Jak to podkreślono w opinii Urzędu Zamówień Publicznych „Prawo Zamówień Publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.” pod red. J. Sadowego, Warszawa 2008, str. 117 i nast. „Ustawa dopuszcza również poprawianie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust.

2 pkt 3 ustawy). Poprawianie omyłek na podstawie cyt. przepisu dotyczy omyłek nie mających charakteru oczywistego oraz niekoniecznie odnosi się do ceny, a więc może dotyczyć również innych elementów złożonej oferty. (...) Na podstawie cyt. przepisu można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień."

W niniejszej sprawie doprowadzenie treści oferty Odwołującego do zgodności z SIWZ wymaga dopisania pozycji w formularzu złożonym przez Odwołującego w ofercie oraz podania oferowanej przez wykonawcę ceny robót. W ocenie Izby, dokonanie takiej zmiany w treści oferty wykracza poza dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Pominięcie pozycji przez Odwołującego nie ma charakteru omyłki możliwej do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ wynika z nieuwzględnienia przez Odwołującego zmiany treści SIWZ z dnia 14 marca 2019 r.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że wykonawca nie może dokonywać zmiany (korekty) treści oferty po upływie terminu składania ofert. Treść oferty może podlegać poprawie wyłącznie w procedurze przewidzianej w ustawie Pzp. Zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest możliwe, gdy mamy do czynienia z „omyłką”, a zatem działaniem niezamierzonym, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Poprawienia takiej omyłki może dokonać wyłącznie Zamawiający w oparciu o treść złożonej oferty. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów treści oferty.

Tym bardziej nie można omawianej niezgodności oferty Odwołującego zakwalifikować jako oczywistej omyłki pisarskiej, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp. Do poprawienia takiej omyłki zamawiający nie musi żądać jakichkolwiek wyjaśnień ze strony wykonawcy. Już sam fakt, że są wątpliwości co do treści oferty, które należy wyjaśnić, przeczy oczywistości omyłki. Oczywista omyłka pisarska musi być zauważalna „na pierwszy rzut oka”, a jej oczywistość powinna dotyczyć także koniecznego sposobu dokonania poprawy, tj. jaka treść powinna być wpisana w miejsce omyłki. W przypadku oferty Odwołującego wiadome jest, że oferta zawiera błąd – wycenioną pozycję 688, zamiast 688a i 688b. Z treści oferty nie wynika, jakie dane powinny być wypełnione w pozycji 688a i 688b, gdyby wprowadzić te pozycje do oferty, zgodnie z wymaganiem SIWZ.

W omawianym przypadku nie jest możliwe zastosowanie trybu wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, ponieważ spowodowałoby to wprowadzenie do oferty nowej treści. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że Zamawiający winien był wezwać Odwołującego do skorygowania błędnej treści w ofercie Odwołującego, względnie dokonać

samodzielnie uzupełnienia powyższego. Przepis art. 87 ust. 1 Pzp określa granice, w których możliwe jest wyjaśnianie treści oferty przez wykonawcę - niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. Nie są dopuszczalne wyjaśnienia wykonawcy, które prowadziłyby do zmiany treści oferty, poprzez uzupełnienie oświadczenia, którego brak jest w ofercie pierwotnej. Wyjaśnienie w tym przypadku co do wyceny pozycji brakujących prowadziło *de facto* do negocjacji treści oferty pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym.

Tryb poprawiania omyłek określony w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dotyczyć może sytuacji, gdy Zamawiający posiada wszystkie informacje konieczne do dokonania poprawy treści oferty i może je ustalić na podstawie złożonej oferty. W niniejszej sprawie Zamawiający nie znał ceny jednostkowej, którą Odwołujący mógłby zaoferować w brakującej pozycji. Jednocześnie sam Odwołujący potwierdził na rozprawie, że pozycje 688a i 688b mogły być wycenione w różny sposób (różne ceny jednostkowe), co wyłącznie zależy od sposobu wyceny przyjętej przez wykonawcę. Zamawiający nie mógł zatem przyjąć bez uzgodnienia z wykonawcą w brakującej pozycji ceny tożsamej jak w pozycji 688, ponieważ nie miał wiedzy, jak Odwołujący mógłby tę pozycję wycenić, gdyby ją zawarł w ofercie. Uzyskanie takiej informacji (oświadczenia) od wykonawcy po złożeniu oferty prowadziło do naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienia wykonawcy musiałyby zawierać dodatkowe oświadczenie co do treści oferty, której to treści nie było w ofercie złożonej przez Odwołującego pierwotnie. Uzupełnienie przez Zamawiającego brakującej pozycji w ofercie Odwołującego, poprzez jej dopisanie, możliwe byłoby jedynie w przypadku, gdy na podstawie danych zawartych w ofercie mógłby on samodzielnie wyliczyć zarówno cenę jednostkową, jak i wartość brakującej pozycji. Poprawa omyłki, która prowadzi do powstania oferty o treści innej niż istniałaby, gdyby omyłki nie popełniono, jest niedopuszczalna, gdyż narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych.

Wskazać należy dodatkowo, że Zamawiający nie jest zobowiązany do żądania wyjaśnień od wykonawcy w sytuacji, gdy niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji nie budzi żadnych wątpliwości, co faktycznie miało miejsce w przedmiotowej sprawie. Jak łatwo jest zauważyć, Odwołujący składając ofertę nie uwzględnił zmiany przez Zamawiającego treści SIWZ w zakresie poz. 688, co spowodowało niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, która jest istotna, gdyż brak prawidłowej wyceny wymaganych pozycji 688a i 688b uniemożliwia prawidłowe rozliczenie wykonanych prac, zgodnie z kosztorysowym rozliczeniem umowy.

Oferta złożona przez Odwołującego podlegała zatem odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, i w tym zakresie należało uznać, że decyzja Zamawiającego była prawidłowa.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2, § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

.....