

WYROK

z dnia 21 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2013 r. przez Odwołującego – TRANSPROJEKT GDAŃSKI spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Warmia i Mazury spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczytnie

przy udziale Investeko SA w Katowicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty Odwołującego a następnie dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego TRANSPROJEKT GDAŃSKI spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, w tym poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty Odwołującego w zakresie określenia ceny za wykonanie zamówienia, poprzez wskazanie jako waluty „polskich złotych” a także określenie ceny słownie;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Warmia i Mazury spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczytnie, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [piętnastu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez Odwołującego – TRANSPROJEKT GDAŃSKI spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego - Warmia i Mazury spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczytnie, na rzecz Odwołującego – TRANSPROJEKT GDAŃSKI spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, kwotę 15 000 zł 00 gr [piętnastu tysięcy złotych, zero groszy], stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 907], na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Skład orzekający:

UZASADNIENIE

I. Zamawiający – Warmia i Mazury spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczytnie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Projekt pola wylotów lotniska w Szymanach wraz z projektem drogi dojazdowej od drogi nr 57 do planowanego terminala pasażerskiego”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych [tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 907]. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

III. Odwołujący w dniu 7 października 2013 r. złożył odwołanie wobec odrzucenia przez Zamawiającego własnej oferty, stawiając zarzuty naruszenia: art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy, poprzez jego niezastosowanie, oraz art. 87 ust. 1 ustawy, poprzez jego niezastosowanie.

W oparciu o tak wyartykułowane zarzuty, Odwołujący postawił żądania nakazania Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności z dnia 27 września 2013 r., polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności z dnia 27 września 2013 r., polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i powtórzenia czynności wyboru oferty;
- 4) uznania za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Odwołującego,
- 5) zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kwoty 3.600 zł z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym oraz pozostałych kosztów według przedłożonego na rozprawie spisu kosztów.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zarówno brak w postaci nie wskazania waluty jak i brak polegający na nie wskazaniu ceny w zapisie słownym nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [SIWZ] i nie mógł spowodować jej odrzucenia, a jej odrzucenie narusza art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska, Odwołujący

powołał tezę z uzasadnienia Wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 30 lipca 2007 r. [UZP/ZO/0-906/07], zgodnie z którą, uchybienie polegające na nie wskazaniu w formularzu ofertowym ceny w zapisie słownym a jedynie w zapisie cyfrowym, ma charakter formalny, który nie może skutkować odrzuceniem oferty. Zgodnie z powołanym orzeczeniem: „[...] Zamawiający, przy braku podania przez Odwołującego ceny w formie zapisu słownego, ale przy podaniu ceny w wersji liczbowej, nie ma podstaw formalno-prawnych do odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji, ponieważ Zamawiający otrzymał w ofercie cenę służącą do porównania ofert [...]”.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wadliwie skonstruował formularz oferty, bowiem w formularzu tym nie przewidział w ogóle miejsca na wpisanie kwoty oferty słownie. Nie pozostawił w tym zakresie żadnej rubryki, tabeli, miejsca, oznaczenia, w którym należałoby wpisać kwotę słownie. Zamawiający w celu uniknięcia wątpliwości powinien był w formularzu oferty choć wpisać sformułowanie: „słownie ”, w odpowiednim miejscu tego formularza. Taki sposób przygotowania formularza oferty spowodował, zdaniem Odwołującego, że nie jest przypadkiem, że dwóch z trzech oferentów nie umieściło w ofercie tej pozycji.

Zdaniem Odwołującego, pomimo braku wpisania kwoty oferty słownie, Zamawiający nie miał i nie ma żadnych wątpliwości, że oferowana przez Odwołującego kwota wynosiła 1 250 000 netto i 1 537 500 brutto, co wynika wprost z będącego autorstwem Zamawiającego zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący podał, odnośnie zarzutu nie wskazania w treści oferty waluty, w jakiej Odwołujący wskazał cenę ofertową, iż Zamawiający winien dokonywać oceny treści oferty z uwzględnieniem wszystkich oświadczeń złożonych przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawcy składają oświadczenia woli w zakresie przyjęcia w pełni wszystkich warunków Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przedstawionych przez Zamawiającego oraz oświadczenie woli w przedmiocie zaakceptowania przez Odwołującego wzoru umowy. Odwołujący w złożonej ofercie złożył oświadczenie następującej treści: „W pełni i bez żadnych zastrzeżeń akceptujemy warunki zawarte w akcie umowy i w przypadku wyboru naszej oferty zobowiązujemy się do zawarcia umowy na warunkach w niej określonych, w miejscu i terminie określonym przez Zamawiającego”. Oznacza to, że Odwołujący zaakceptował wszystkie warunki zawarte w akcie umowy, w tym warunki dotyczące waluty w jakiej wyrażone zostało wynagrodzenie. Zgodnie z § 7 umowy: „Z tytułu całkowitego i prawidłowego wykonania obowiązków objętych przedmiotem niniejszej umowy Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości:... zł.”. Ponadto, w ocenie Odwołującego, zapisy SIWZ dotyczące ceny [„podana w ofercie cena musi być

wyrażona w złotych polskich"] potraktować należy jako narzucające wykonawcy walutę jaką może się posługiwać. Innymi słowy, na pytanie Zamawiającego: „Ile złotych Wykonawca jest w stanie zaoferować za wykonanie zamówienia”, wykonawca odpowiada: „1 537 500,00”. Na powyższą interpretację wskazują również zapisy SIWZ, dotyczące wskazania waluty właściwej dla rozliczeń związanych z realizacją zamówienia publicznego, zgodnie z którymi: „Walutą wyłącznie właściwą dla rozliczeń związanych z realizacją zamówienia publicznego określonego w niniejszej SIWZ jest złoty polski [PLN]. W przypadku gdy Wykonawca posługuje się inną walutą niż złoty polski zobowiązany jest do stosowania waluty złoty polski zgodnie z przelicznikiem wynikającym z tabeli kursów walut publikowanej przez Narodowy Bank Polski obowiązującej w dniu ogłoszenia niniejszego postępowania [publikacji ogłoszenia o zamówieniu]. Jeżeli w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu Narodowy Bank Polski nie publikuje średniego kursu danej waluty, za podstawę przeliczenia przyjmuje się średni kurs waluty publikowany pierwszego dnia, po dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu”. W ocenie Odwołującego, uwzględniając treść wszystkich dokumentów i oświadczeń złożonych w treści formularza ofertowego, Zamawiający nie powinien mieć jakichkolwiek wątpliwości odnośnie wartości ceny podanej przez Wykonawcę jak również odnośnie jej waluty, a co za tym idzie odrzucenie przez niego oferty Odwołującego się było niezgodne z art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący argumentuje, że nawet gdyby przyjąć - co Odwołujący kwestionuje - że Zamawiający zasadnie uznał, że brak w postaci nie wskazania waluty jak i brak polegający na nie wskazaniu ceny w zapisie słownym stanowi niezgodność oferty z SIWZ, to powinien był poprawić w ofercie Odwołującego te omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, a jeśli miał wątpliwości co do treści oferty, powinien był zażądać od Odwołującego wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 ustawy. Odwołujący podał, że art. 87 ustawy w brzmieniu od 24 października 2008 roku stanowi, w ust. 1, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z ustępu 2 art. 87 wynika, że Zamawiający poprawia w ofercie: oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 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. uzasadnieniu do Ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw [Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058], na mocy której w/w przepis został zmieniony, zawarte zostało następujące stwierdzenie: „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". W takich okolicznościach, Zamawiający winien dokonać poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy.

Odwołujący nie zgodził się z interpretacją zastosowaną przez Zamawiającego w omawianej sprawie, zgodnie z którą „Rodzaj i charakter uchybienia Wykonawcy polegającego na nie wskazaniu waluty w formularzu ofertowym nie pozwala w ocenie Zamawiającego na zakwalifikowanie tego uchybienia do któregośkolwiek z zamkniętego katalogu „omyłek”, o których mowa w powołanym artykule ustawy. [...] Nadto sama tylko wykładnia językowa art. 87 ust. 2 ustawy prowadzi do jednoznacznego wniosku, że z poprawą omyłki możemy mieć do czynienia wyłącznie w sytuacji jeżeli istnieje pierwotny substrat do dokonania takiej poprawy - nie zaś w sytuacji kiedy pewne dane [w tym przypadku mające znaczenie podstawowe dla oceny zobowiązania ofertowego jako waluta] w ogóle nie znalazły się w treści formularza ofertowego. [...]”. Po pierwsze, celem uchylecia art. 88 ustawy Prawo zamówień publicznych, zawierającego zamknięty katalog omyłek podlegających poprawieniu przez Zamawiającego [nowelizacja z dnia 4 września 2008 r.] było otwarcie tego katalogu a co za tym idzie, umożliwienie Zamawiającemu poprawienia omyłek w szerszym niż dotychczas zakresie w celu ograniczenia sytuacji odrzucania ofert. Z uzasadnienia nowelizacji: „Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań”. Po drugie, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, dla zastosowania trybu poprawiania omyłek nie jest konieczne istnienie „pierwotnego substratu”. Okoliczność, iż pewne stwierdzenia bądź określenia „w ogóle nie znalazły się w treści formularza ofertowego” nie przesądza o braku możliwości zastosowania tego trybu bowiem poprawieniem jest również poprawienie przez Zamawiającego opuszczeń dokonanych przez składającego ofertę. Omyłkę taką Zamawiający winien potraktować jako „inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodującą istotnych zmian w treści oferty”. Odwołujący powołał się w tej mierze na wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r. w spr. XII GA 429/09 [LEX

nr 558176], z którego wynika, 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.”*. Pogląd ten przekonuje, że opuszczenie przez Odwołującego oznaczenia „zł” czy „PLN” w kontekście wymagań wynikających z SIWZ było tego rodzaju omyłką, która mogła i powinna była zostać poprawiona przez Zamawiającego w trybie wynikającym z art. 87 ust. 2 ustawy. Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego, uznał również, że nie mógł dokonać poprawienia oferty z zakresie uzupełnienia waluty, bo takie dokonanie poprawki spowodowałoby zmianę treści oferty. Z takim stanowiskiem Zamawiającego Odwołujący się nie zgodził - wobec treści SIWZ oczywistym jest, że jedyną walutą, w jakiej można było złożyć ofertę, były złote polskie, o czym mowa była powyżej. Zatem dokonanie poprawienia przez Zamawiającego nie spowodowałoby żadnej zmiany treści oferty, lecz stanowiłoby jej doprecyzowanie zgodne z wymaganiami SIWZ. Wobec powyższego Zamawiający mógł i powinien był dokonać poprawienia w ofercie poprzez uzupełnienie opuszczonych słów „zł”. Treść opuszczonych przez Odwołującego się słów była oczywista i wiadoma zarówno dla Zamawiającego jak i Odwołującego się. Odwołujący wskazuje, że zmiana treści oferty w przypadku poprawienia oferty i uzupełnienia opuszczonej przez składającego ofertę waluty, wpłynęłaby na zmianę oferty jedynie w wypadku, gdyby Zamawiający dopuszczał składanie ofert w walutach innych niż PLN. W niniejszej sprawie nie miało to miejsca, gdyż Zamawiający narzucił złożenie oferty z złotych, wobec czego Odwołujący musiał określić cenę w złotych, a Zamawiający zobowiązany był do poprawienia oferty w trybie wynikającym z art. 87 ust. 2 ustawy. W sytuacji jednak, gdyby Zamawiający analizując treść oferty powziął jakiegokolwiek wątpliwości, winien wezwać Wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, a nie odrzucać ofertę Odwołującego. Niedokonanie tego wezwania narusza w/w przepis. Jak wynika bowiem z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2013 r. [Sygn. akt: KIO 27/13], Izba stanęła na stanowisku, że: *„w art. 87 ustawy ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo i nałożył na Zamawiającego obowiązek. W art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, iż ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, nie można mówić o bezwzględny obowiązkowi wzywaniu wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązkowi, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego*

przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnień wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, iż regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego - czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający korzystając z tego uprawnienia [art. 87 ust. 1] wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonej oferty pozwala mu na należyta ocenę sytuacji [oferty]. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień w zakresie treści złożonej przez Odwołującego oferty. Jednocześnie należy zaznaczyć, że Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości. Niewątpliwie Odwołujący składając wyjaśnienie dokonałby analizy sytuacji jak uczynił to w odwołaniu co pozwoliłoby Zamawiającemu na dokonanie poprawy omyłek w zakresie dopuszczalnej korekty oferty według przesłanek enumeratywnie wskazanych w art. 87 ust. 2 ustawy co stanowi kanon stosowania art. 87 ust. 1 ustawy [porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 sierpnia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 992/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 października 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1324/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 października 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1281/09].”. Stanowisko takie potwierdza również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 stycznia 2009 r. [KIO/UZP 5/09], zgodnie z którym: „Warto również wskazać, iż żądanie wyjaśnień, o których mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie jest obowiązkiem Zamawiającego, jednak w sytuacji, gdy wątpliwości Zamawiającego rzutują na wynik postępowania, powinny one zostać wyjaśnione”. Ponadto zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 marca 2011 r. [sygn. akt: KIO 522/11]: „Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z należyłą starannością, w razie stwierdzenia w ofercie uchybień, jest zobowiązany przede wszystkim do zbadania możliwości dokonania poprawy, a dopiero w przypadku uznania, że jest to niemożliwe, może odrzucić ofertę. [...] Podkreślić trzeba, że gdyby zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp uzyskałby stosowne wyjaśnienie. [...] Nie można też pominąć, że odrzucenia oferty zamawiający winien dokonać jedynie w sytuacji, gdy w sposób nie budzący wątpliwości ustalił, że jest ona dotknięta nieusuwalną wadą. W okolicznościach sprawy zamawiający był uprawniony do tego, aby przez uzyskanie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wyjaśnić przyczynę powstałych nieścisłości. Odstępując od ich uzyskania zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 Pzp”. Powyższe, w ocenie Odwołującego, wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy, które spowodowało nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w innym postępowaniu, tj. prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na usługi: „*Opracowanie raportu o oddziaływaniu na środowisko dla zadania inwestycyjnego polegającego na rozbudowie Portu Lotniczego w Szymanach w ramach projektu indywidualnego pn: Regionalny Port Lotniczy Olsztyn - Mazury zapisanego w Regionalnym Programie Operacyjnym Warmia i Mazury na lata 2007 - 2013*” ogłoszonym przez tego samego Zamawiającego tj. Warmia i Mazury Sp. z o.o. [nr sprawy nadany przez Zamawiającego: WIM.43.1.03.2.2012], w sposób tożsamy dokonano opisu wymagań Zamawiającego dotyczących Opisu sposobu obliczenia ceny. W Rozdziale XXII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający wskazał wymagania dotyczące Opisu sposobu obliczenia ceny: „*1. Podana w ofercie cena musi być wyrażona w złotych polskich oraz uwzględnić wszystkie wymagania niniejszej SIWZ i obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia*” oraz „*2. W formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ cena powinna być podana w rozbiciu na kwotę netto, wysokość obowiązującego podatku od towarów i usług VAT [w %] i kwotę brutto zamówienia, w zapisie cyfrowym i słownym*”. Oferta Odwołującego w niniejszym postępowaniu, nie zawierająca wskazania waluty jak również nie zawierająca słownego zapisu ceny, uznana została przez Zamawiającego - Warmię i Mazury Sp. z o.o. za najkorzystniejszą. Całkowicie niezrozumiała dla Odwołującego jest okoliczność, iż przy zastosowaniu identycznych kryteriów przez Zamawiającego i przy powieleniu tych samych „*błędów*” przez Wykonawcę, w pierwszym postępowaniu treść oferty nie budziła jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego a w drugim postępowaniu [mającym miejsce w tym samym stanie prawnym] została przez Zamawiającego odrzucona.

III. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

IV. Do postępowania odwoławczego, przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Investeko SA w Katowicach.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny:

W Rozdziale XXII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający wyartykułował w następujący sposób wymagania dotyczące prezentacji ceny - opisu sposobu obliczenia ceny:

„*1. Podana w ofercie cena musi być wyrażona w złotych polskich oraz uwzględnić wszystkie wymagania niniejszej SIWZ i obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji*

przedmiotu zamówienia".

„2. W formularzu ofertowym stanowiącym załącznik do SIWZ cena powinna być podana w rozbiciu na kwotę netto, wysokość obowiązującego podatku od towarów i usług VAT [w %] i kwotę brutto zamówienia, w zapisie cyfrowym i słownym".

W Rozdziale XIII SIWZ Wskazanie waluty właściwej dla rozliczeń związanych z realizacją zamówienia publicznego, Zamawiający zawarł postanowienie: „Walutą wyłącznie właściwą dla rozliczeń związanych z realizacją zamówienia publicznego określonego w niniejszej SIWZ jest złoty polski [PLN]. W przypadku gdy Wykonawca posługuje się inną walutą niż złoty polski zobowiązany jest do stosowania waluty złoty polski zgodnie z przelicznikiem wynikającym z tabeli kursów walut publikowanej przez Narodowy Bank Polski obowiązującej w dniu ogłoszenia niniejszego postępowania [publikacji ogłoszenia o zamówieniu]. Jeżeli w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu Narodowy Bank Polski nie publikuje średniego kursu danej waluty, za podstawę przeliczenia przyjmuje się średni kurs waluty publikowany pierwszego dnia, po dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu".

W § 7 umowy, stanowiącym załącznik do SIWZ, zawarte zostało postanowienie: „Z tytułu całkowitego i prawidłowego wykonania obowiązków objętych przedmiotem niniejszej umowy Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości:... zł.".

W ofercie Odwołującego, w formularzu stanowiącym załącznik nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w tabeli przeznaczony na wskazanie ceny ofertowej, Odwołujący podał: „Cena netto - 1.250 000,00; [...]; Cena brutto -1 537 500,00.”

Pismem z dnia 27 września 2013 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazując że treść oferty złożonej przez Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia tj. Rozdziałowi XXII ust. 1 i 2. Zamawiający podał w uzasadnieniu, że „Oferta Wykonawcy Transprojekt Gdański sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku zawiera następujące uchybienia wobec wymagań postawionych przez Zamawiającego w SIWZ. I tak, w treści formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, w tabeli przeznaczony na wskazanie ceny ofertowej Wykonawca podał następujące wartości : Cena netto - 1 250 000,00; Stawka podatku od towarów i usług VAT (w %2)- 287 500,00; Cena brutto -1 537 500,00. W konsekwencji Wykonawca:

a)nie wskazał j a k i e j k o l w i e k waluty w jakiej wyraził swoje zobowiązanie ofertowe.

b)nie wskazał ceny w zapisie słownym.

c) błędnie wyraził podatek od towarów i usług VAT tj. wskazał ten podatek kwotowo a nie procentowo.

W tym stanie rzeczy Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych dokonał poprawy omyłki Wykonawcy polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w jej treści, niezwłocznie zawiadamiając o tym Wykonawcę. W tym stanie faktycznym za omyłkę wyczerpującą dyspozycję art. ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych Zamawiający uznać mógł wyłącznie błąd Wykonawcy polegający na wadliwym wobec wymagań SIWZ (Rozdział XXII ust. 2 i 5, formularz ofertowy tabela) zapisie podatku od towarów i usług VAT. Wskazana bowiem przez Wykonawcę w treści formularza ofertowego w rubryce „Stawka podatku od towarów i usług VAT (w %)” wartość tj. 287 500,00 wprost odpowiada 23% wartości wskazanej jako cena netto. W konsekwencji wartość wskazana przez Wykonawcę w odpowiedniej tabeli jako cena netto powiększona o 23% odpowiada wartości wskazanej jako cena brutto. Dlatego też dokonana przez Zamawiającego czynność tj. poprawa omyłki pozostaje w zgodzie z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych - nie prowadzi bowiem do istotnych zmian w treści oferty. Uchybienie Wykonawcy polegające na nie wskazaniu w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ waluty w jakiej wyraził on swoje zobowiązanie ofertowe, wymaga natomiast odrębnej kwalifikacji prawnej. W ocenie Zamawiającego błąd ten nie może podlegać konwalidacji w jakimkolwiek z trybów przewidzianych ustawą Prawo Zamówień Publicznych w tym w szczególności w drodze poprawienia omyłki o której mowa a art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy. Zamawiający korzystając z przyznanych mu ustawą Prawo Zamówień Publicznych uprawnień, w treści Rozdziału XXII ust. 1 oraz 5 SIWZ jasno wskazał w jakiej walucie Wykonawca winien wyrazić swoje zobowiązanie ofertowe. W tym konkretnym przypadku Wykonawca nie wskazał natomiast żadnej waluty. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że formularz ofertowy jako podstawowe źródło zobowiązania Wykonawcy w tym w szczególności jego część zawierająca cenę ofertową winien być analizowany przez Zamawiającego z najwyższą starannością a jakiegokolwiek jego zmiany dokonywane z najwyższą ostrożnością tak, aby nie tworzyć ryzyka naruszenia normy wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy, która stanowi, że :” Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.” Umożliwienie Wykonawcy konwalidowanie, w jakimkolwiek sposób, błędu absolutnie podstawowego - tj. nie wskazania waluty, w pierwszej kolejności naruszałoby tą właśnie zasadę. Abstrahując od powyższego w myśl art. 87 ust.1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty

oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2. dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści" W myśl natomiast ust. 2 powołanej normy ustawowej:

„Zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
 - 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
 - 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty
- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Rodzaj i charakter uchybienia Wykonawcy polegającego na nie wskazaniu waluty w formularzu ofertowym nie pozwala w ocenie Zamawiającego na zakwalifikowanie tego uchybienia do któregośkolwiek z zamkniętego katalogu „omyłek” o których mowa w powołanym artykule ustawy. Jest tak też dlatego, że dokonanie jego „naprawy” przez Zamawiającego wprost prowadziłoby do zmiany treści oferty poprzez jej uzupełnienie o element bez wątpienia przedmiotowo istotny. Nadto sama tylko wykładnia językowa art. 87 ust. 2 ustawy prowadzi do jednoznacznego wniosku, że z poprawą omyłki możemy mieć do czynienia wyłącznie w sytuacji jeżeli istnieje pierwotny substrat do dokonania takiej poprawy - nie zaś w sytuacji kiedy pewne dane [w tym przypadku mające znaczenie podstawowe dla oceny zobowiązania ofertowego jak waluta] w ogóle nie znalazły się w treści formularza ofertowego. Nie można bowiem poprawić tego co w ogóle nie znajduje się w ofercie - a jednocześnie nie podlega uzupełnieniu. Taki stan rzeczy potwierdza także utrwalone w doktrynie stanowisko - i tak zgodnie z komentarzem do ustawy Prawo Zamówień Publicznych pod red. Jerzego Pieroga Wydanie 12 „Fakt zaistnienia omyłki musi być jednoznaczny dla każdego, każdy też powinien taką omyłkę jednakowo poprawić. Jeżeli dochodzi do różnic w traktowaniu czegoś jako omyłki albo jeżeli istnieje wiele sposobów jej poprawienia, to trudno mówić o oczywistości omyłki” W tym stanie rzeczy Zamawiający nie może domniemywać waluty w jakiej Wykonawca zamierzał wyrazić swoje zobowiązanie ofertowe.

Na marginesie tylko, bowiem w tym stanie rzeczy ma to znacznie uboczne - Zamawiający zauważa także, że Wykonawca nie wskazał w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr do 1 SIWZ ceny w zapisie słownym. Zaniechanie takie pozostaje w sprzeczności z unormowaniem Rozdziału XXII ust. 2 SIWZ.

W tym stanie rzeczy Zamawiający działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych odrzucił ofertę Wykonawcy. Pomimo bowiem zastosowania procedury o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jej treści nie odpowiada treści SIWZ tj.

Rozdziałowi XXII ust. 1, 2 i 5. Takie stanowisko Zamawiającego potwierdza także Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 czerwca 2013 r. wydany w sprawie o sygn. KIO 1268/13 [LexPolonica nr 7317015, www.uzp.gov.pl] zgodnie z którym: „Niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Ustalono, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – w razie potwierdzenia stawianych zarzutów i uwzględnienia odwołania, Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzone w sprawie materiały dowodowe, uwzględniając stanowiska stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, z następujących powodów:

[1] Przedmiotem sporu pomiędzy Odwołującym, a Zamawiającym jest czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia [art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy], dokonana w oparciu o ustalenie, że Odwołujący nie podał ceny słownie a także, że nie wskazał jednostki pieniężnej w jakiej cena została podana.

[2] Po pierwsze, dla oceny, czy oferta jest zgodna z SIWZ czy też jej nie odpowiada, ustalenia w pierwszym rzędzie wymaga treść wymagań stawianych na gruncie konkretnego postępowania. W tym postępowaniu – w zakresie spornym – Zamawiający wyartykułował wymagania, by cena podana został zarówno słownie jak i liczbowo, a także by wskazywała

jednostkę pieniężną - Zamawiający wyraźnie, dwukrotnie - w Rozdziale XXII ust. 1 i 5 SIWZ podał, że podana w ofercie cena musi być wyrażona w złotych polskich. W świetle treści tego postanowienia SIWZ, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, nie by o dopuszczalne podanie ceny w innych jednostkach pieniężnych niż złote polskie. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu, waluta została narzucona wykonawcom, bez żadnych odstępstw. W tych okolicznościach, zaniechanie wskazania przez wykonawcę waluty, w jakiej został wyrażona ceny oferty, nie powoduje niemożności ustalenia tej waluty. Przeciwnie, skonfrontowanie tego niedopowiedzianego zapisu oferty z treścią SIWZ pozwala na wyłącznie jeden wniosek, to jest, że cena musiała zostać określona wyłącznie w tych jednostkach pieniężnych, jakie zostały dopuszczone w SIWZ, to jest w zł. Nie jest też tak, jak twierdził Zamawiający, że brak podania waluty skutkuje, że podana cyfrowo kwota nie jest ceną w rozumieniu ustawy o cenach. Z treści formularza ofertowego wyraźnie wynika, że podana kwota jest ceną, skoro w części poprzedzającej jej podanie mówi się: „5) składam/-y następującą ofertę cenową: cena mojej [naszej] oferty za realizację całego przedmiotu zamówienia wynosi: Cena netto [...], Stawka podatku od towarów i usług VAT [w %], Cena brutto; [...]”. Nie wskazanie zatem waluty, w jakiej wyrażono cenę, przy jej narzuceniu w SIWZ, nie skutkuje uznaniem, że podana kwota nie stanowi ceny za wykonanie zamówienia.

[3] Po drugie, nie ulega wątpliwości, że oferta złożona przez Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, nie zawierając ani jednostki pieniężnej w jakiej ją określono, ani nie wskazując słownie kwoty, którą podano jedynie liczbowo.

[4] Po trzecie, każdorazowo Zamawiający zanim dokona odrzucenia oferty jako nieodpowiadającej treści SIWZ [art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy] winien dokonać rozważenia instrumentów sanacyjnych przewidzianych w ustawie. Ustawa przewiduje szereg regulacji, które nakładają na Zamawiającego obowiązek naprawienia oferty – poczynając od obowiązku wezwania do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnienie przez oferowany przedmiot wymagań zamawiającego [art. 26 ust. 3 i 4 ustawy], poprzez nakaz jej wyjaśnienia [art. 87 ust. 1 ustawy], wreszcie poprzez obowiązek poprawienia niezgodności oferty z treścią SIWZ, jeśli nie spowoduje to istotnej zmiany treści oferty [art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy]. Jak wskazuje się w orzecznictwie, „w tym miejscu, za Izbą powtórzyć należy, że czynność odrzucenia ofert wykonawcy jest czynnością ostateczną i zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. winno nastąpić dopiero po wyczerpaniu wszystkich dozwolonych prawem możliwości zmierzających do wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty w celu ustalenia jej zgodności treścią SIWZ” [wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z 24 listopada 2010 r.

w spr. o sygn. akt II Ca 803/10]. Wskazane regulacje wyrażają obowiązek zamawiającego ich zastosowania, jeśli zajdą opisane w nich sytuacje.

[5] Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Stosownie natomiast do treści art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek: 1) oczywiste omyłki pisarskie; 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zanim zatem Zamawiający dokona odrzucenia oferty jako nieodpowiadającej treści SIWZ, obowiązany jest dokonać jej analizy, przez pryzmat obowiązku poprawienia jej niezgodności z treścią SIWZ.

Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego wynika ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, nieścisłości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Zamiar ten ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do *Ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: *„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. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.”

Z powyższego wynika, że intencją ustawodawcy było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie, przy czym ustawodawca wprowadził zasadę ostatecznego akceptowania dokonywanych przez zamawiającego poprawek w odniesieniu do tych dokonanych przez siebie zmian, które dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia [art. 89. ust. 2 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych]. Zamawiający obowiązany jest bowiem niezwłocznie powiadomić wykonawców o dokonanych przez siebie poprawkach na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy, zaś w przypadku, gdy poprawki te dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – uzyskać akceptację wykonawcy na poprawienie omyłki [art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy].

[6] W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, to jest dotyczących niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty wskazuje się, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Niewątpliwym jest zatem, że w wyniku poprawy tego rodzaju niezgodności, na gruncie tego przepisu, każdorazowo nastąpi zmiana treści oferty. Granicą zmiany dokonanej w następstwie poprawienia niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia jest, by zmiana nie miała ona charakteru istotnej. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną, albo zmiana zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie. Wbrew stanowisku Zamawiającego, fakt, że poprawa miałaby dotyczyć wskazania waluty,

w jakiej wyrażono cenę, na gruncie SIWZ opracowanej na użytek przedmiotowego postępowania, gdzie ta waluta została narzucona bez żadnych odstępstw, nie determinuje wniosku, że zmiana oferty miałaby charakter istotnej, a przez to byłaby niedopuszczalna.

[7] Należy mieć na uwadze, że postępowanie o zamówienie publiczne realizuje się, co do zasady, przez przystąpienie przez wykonawcę do jednostronnie określonych w SIWZ oczekiwań zamawiającego. Zasadą jest bowiem, że wykonawca podejmując decyzję o uczestnictwie w postępowaniu i składając w nim swoją ofertę, chce uczynić zadość postawionym w postępowaniu wymaganiom i oczekiwaniom stawianym przez zamawiającego. Podkreślenia wymaga bowiem, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w SIWZ, a następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert. Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert, przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a drugiej – zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej wyartykułowane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oczekiwania. W tym miejscu należy powołać stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażone w wyroku z dnia 23 lutego 2007 roku [sygn. akt X Ga 23/07], iż *„formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy [...]”*. Zamawiający, będąc podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania, powinien dołożyć należytej staranności, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, wykorzystując przewidziane w ustawie instrumenty, służące naprawie oferty.

Konsekwentnie, celem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest zawarcie z nim przez zamawiającego umowy [udzielenie zamówienia]. Zatem każdy wykonawca, profesjonalista, chcąc uzyskać zamówienie musi przygotować ofertę zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Trudno, w świetle zasad doświadczenia życiowego, uznać za racjonalne działanie wykonawcy, polegające na świadomym złożeniu oferty, której treść nie będzie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Innymi słowy, zasadą jest, że wykonawca chce złożyć ofertę zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a niezgodności, które popełnia, stanowią niezamierzone omyłki czy przeoczenia. Okoliczność ta podlega weryfikacji, bowiem wykonawca musi wyrazić zgodę na poprawienie niezgodności. Jeśli jego zamiarem było złożenie oświadczenia woli [oferty], nieodpowiadającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie wyrazi zgody na

poprawienie stwierdzonej niezgodności, a jego oferta będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym, należy przyjąć, że w postępowaniu o zamówienie publiczne, służącym do wyłonienia wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa nie zostały wyłączone, charakterystyczne dla prawa cywilnego mechanizmy, służące ustaleniu treści składanego oświadczenia woli [oferty]. W myśl art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, przepisy ustawy – Kodeks cywilny znajdują swoje zastosowanie do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z brzmieniem art. 65 kodeksu cywilnego, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje; w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się jej dosłownym brzmieniu. Ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera instrumenty, mające służyć ustaleniu treści oświadczenia woli, w tym ocenie, czy oferta jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W pierwszym rzędzie przepis art. 87 ust. 1 przewiduje, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przepis art. 87 ust. 2 ustawy obowiązuje natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich; oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; a także innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie w takim wypadku zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona, ze skutkiem odrzucenia oferty – w razie braku wyrażenia braku zgody na taką poprawę [art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy].

[8] Poprawienie omyłek pisarskich i rachunkowych oraz niezgodności treści oferty z SIWZ, na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi obowiązek zamawiającego, który aktualizuje się, ilekroć zajdą okoliczności opisane w dyspozycji powołanego przepisu. Obowiązek ten nie doznaje ograniczenia w wyniku działań wykonawcy. Istotnym jest, nie czy miało miejsce wyjaśnienie wykonawcy odnoszące się do kierunku i sposobu poprawy, ale czy w wyniku tego wyjaśnienia ma miejsce negocjowanie oferty lub ukształtowanie oświadczenia wykonawcy w sposób na tyle odległy od treści poprawianej oferty, że nastąpi powstanie nowego oświadczenia woli, które w istocie sprowadzi się do wytworzenia nowej oferty, istotnie zmienionej. Z treści powołanego

przepisu wprost wynika zatem zmiana oferty w wyniku dokonania jej poprawy przez zamawiającego, a zatem każdorazowo przy zastosowaniu tej regulacji ma miejsce zmiana uprzednio złożonego oświadczenia woli wykonawcy. Przepis wymaga jedynie, by ta poprawa, ingerując każdorazowo w oświadczenie woli wykonawcy składające się na ofertę, nie powodowała istotnych zmian w treści oferty. Nie chodzi zatem tutaj o oczywisty sposób poprawy. Chodzi o oddanie intencji wykonawcy, wyrażonych w niedoskonały sposób w treści złożonej oferty, czy wynikających z niedostatecznego odczytania wymagań zamawiającego. Ustawodawca wprowadził mechanizm służący potwierdzeniu tej intencji poprzez możliwość niewyrażenia zgody na dokonaną z zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprawę, której skutkiem jest odrzucenie oferty [art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy]. Powyższe oznacza, że instrument służący poprawie niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia przewidziany w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy ma służyć jak najpełniejszemu, jak najbliższemu rzeczywistej intencji wykonawcy oddaniu jego woli, rekonstrukcji oświadczenia, jakie wykonawca ten złożyłby, gdyby w sposób poprawny jego oferta odpowiadała na wymagania postawione w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ratio legis tego przepisu sprowadza się bowiem do tego, aby formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie pozbawiał możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, którzy przygotowali merytorycznie dobre oferty i oferują korzystny bilans ceny i innych kryteriów, ale w wyniku niedopatrzenia, przeoczenia czy zwykłej omyłki, dopuścili się niezamierzonych błędów.

[9] Każdorazowo zastosowanie regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi zmianę treści oferty – wynika to wprost z brzmienia przepisu. Ta zmiana oferty jest wręcz istotą tego przepisu. Nie podlega zatem dyskusji, że poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy każdorazowo ingeruje w jej treść. Istotne jest jednak, by ta poprawa nie stanowiła istotnej zmiany treści oferty. W tym kontekście, nie sposób podzielić argumentacji Zamawiającego wyartykułowanej w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, zgodnie z którą *„Rodzaj i charakter uchybienia Wykonawcy polegającego na nie wskazaniu waluty w formularzu ofertowym nie pozwala w ocenie Zamawiającego na zakwalifikowanie tego uchybienia do któregośkolwiek z zamkniętego katalogu „omyłek”, o których mowa w powołanym artykule ustawy. [...] Nadto sama tylko wykładnia językowa art. 87 ust. 2 ustawy prowadzi do jednoznacznego wniosku, że z poprawą omyłki możemy mieć do czynienia wyłącznie w sytuacji jeżeli istnieje pierwotny substrat do dokonania takiej poprawy - nie zaś w sytuacji kiedy pewne dane [w tym przypadku mające znaczenie podstawowe dla oceny zobowiązania ofertowego jako waluta] w ogóle nie znalazły się w treści formularza ofertowego. [...]”*. Wbrew powyższemu stanowisku Zamawiającego, poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy podlega oferta niezgodna z SWZ, zatem ów *„pierwotny*

substrat”, do którego nawiązał Zamawiający musi mieścić się w ofercie – w części poprawianej i móc zostać skonfrontowany z treścią SIWZ. W SIWZ nałożono natomiast przynajmniej w kilku miejscach obowiązek podania ceny w złotych polskich, co daje podstawę do dokonania poprawienia oferty w tej mierze: jeśli wykonawca podał cenę nie wskazując jednostki pieniężnej, to ta informacja była wprost wskazana w SIWZ mogła więc i powinna stanowić podstawę do dokonania poprawy, polegającej na wskazaniu jednostki pieniężnej narzuconej w SIWZ przez Zamawiającego. Podobnie jest z niewskazaniem przez Odwołującego ceny słownie: Odwołujący cenę tę podał w postaci cyfrowej, co dla Zamawiającego było wystarczające dla dokonania poprawy, polegającej na oddaniu kwoty określonej cyframi w sposób słowny. Niezrozumiałe zupełnie jest zatem spostrzeżenie poczynione przez Zamawiającego, jakoby powyższe nie mogło stanowić „*pierwotnego substratu*” dla dokonania poprawy. Czym innym jest wskazanie ceny w postaci cyfrowej [„*Cena netto - 1.250 000,00; [...]; Cena brutto -1 537 500,00.*”], jak nie wyrażeniem w sposób wystarczający wartości, jaką wykonawca oczekuje za wykonanie zamówienia. Zaniechanie podania tej wartości słownie mogłoby, ewentualnie, w razie wątpliwości co do oświadczenia wykonawcy, stanowić utrudnienie w zakresie ustalenia treści tego zasadniczego oświadczenia wykonawcy [a i to zdaje się być usuwalnym, wobec możliwości wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy], nie stanowi jednak przeszkody dla ustalenia, jakiego wynagrodzenia za wykonanie zamówienia oczekuje wykonawca, ani tym bardziej do dokonania poprawy.

[10] Reasumując, na gruncie analizowanej sprawy, dokonanie korekty oferty, poprzez wskazanie ceny słownie oraz jednostki pieniężnej nie skutkuje taką zmianą oferty, którą można byłoby rozpatrywać w kategorii istotnej zmiany treści oferty. Wręcz przeciwnie, oczywistość oświadczenia wykonawcy co do ceny jak i zastosowanej jednostki pieniężnej sama się narzuca. Ustalenie zamiaru wykonawcy w powyższym zakresie nie tylko nie wymaga życzliwej, ale jakiegokolwiek interpretacji Zamawiającego; nie wymaga dedukcji ani wyjaśnienia wykonawcy co do zaoferowanej ceny. Odrzucenie oferty z powodów wskazanych przez Zamawiającego stanowi wyraz nadmiernego, niczym nieuzasadnionego formalizmu, któremu sprzeciwia się zarówno cel postępowania o zamówienie publiczne jak i brzmienie ustawy Prawo zamówień publicznych, przewidujące wielokrotnie instrumenty sanacyjne oferty i nakładające na Zamawiającego obowiązek naprawienia błędów, jeśli wykonawca ich się nie ustrzegł. Jakkolwiek postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone jest w warunkach podwyższonej staranności, pomiędzy podmiotami profesjonalnymi, to ustawa nie wyłącza możliwości popełnienia przez wykonawców błędów w zakresie złożenia oferty i nakłada na zamawiającego określone obowiązki w zakresie wyeliminowania tych błędów. Jednym z nich jest obowiązek poprawienia niezgodności oferty

z SIWZ, jeśli nie wywoła ono istotnej zmiany treści oferty. Z taką sytuacją mamy do czynienia na gruncie analizowanej sprawy.

Zaniechanie zastosowania regulacji, która ma charakter obligatoryjnej stanowi o naruszeniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Powyższe okoliczności przemawiały zatem o uznaniu odwołania za uzasadnione, zaś czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego – za nieuprawnioną. Podzielając zatem zarzut w zakresie bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w konsekwencji nakazano Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty Odwołującego a następnie dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty w zakresie określenia ceny. Oznacza to obowiązek Zamawiającego poprawienia oferty poprzez wskazanie, że cena w ofercie Odwołującego została wyrażona w złotych polskich, a także odzwierciedlenia ceny podanej cyfrowo w sposób słowny. Taka poprawa powinna następnie uzyskać akceptację wykonawcy – w myśl przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Żądanie nakazania wyboru oferty Odwołującego uznano za przedwczesne – zależy ono od wyniku nakazanego badania i oceny ofert, a także ewentualnie innych, nie objętych zakresem postępowania odwoławczego okoliczności, stąd powyższe zostało pozostawione Zamawiającemu, jako konsekwencja takiej oceny.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *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].

Uwzględniono koszty Odwołującego, stanowiące wysokość wpisu uiszczonego przez Odwołującego [15 000 zł]. Nie uwzględniono wniosku Odwołującego o zasądzenie kosztów postępowania w wysokości 3 600 zł - ustawodawca w przepisach dotyczących postępowania odwoławczego [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania*] nie przyjął, tak jak to byłoby na gruncie kpc [art. 109 kpc,

postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2002r., w spr. II CK 134/02], zasad przyznawania kosztów na podstawie oświadczenia [spisu kosztów], wymagając udokumentowania poniesienia odpowiednich, uzasadnionych kosztów rachunkiem składanym do akt sprawy. Pojęcie rachunku definiują przepisy art. 87 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. *Ordynacja podatkowa* [tekst jedn. Dz. U. z 2005r. Nr 8 Poz. 60 z późn. zm.] oraz *Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach* [Dz. U. z 2005 Nr 165 poz. 1373 z późn. zm.]. Skoro takiego rachunku nie złożono – wskazane wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego nie mogło zostać zasądzone. Udokumentowanie poniesienia kosztów przejazdu, zgodnie z wymaganiem powołanego wyżej przepisu – rachunkiem wymagałoby przedłożenia do akt rachunku dotyczącego poniesienia kosztów biletów, ewentualnie, w wyniku odpowiedniego stosowania przepisów *Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 19 grudnia 2002 r. w sprawie wysokości oraz warunków ustalania należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej na obszarze kraju* [Dz.U. z 2002 Nr 236 poz. 1990 z późn. zm.] a także *Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy* [Dz.U. 2002 nr 27 poz. 271 z późn. zm.], dopuszczalne jest przyjęcie kosztów przejazdu jako ilorazu ilości km oraz stawki współczynnika właściwego dla pojazdów o odpowiedniej pojemności skokowej silnika, przy istnieniu umowy między pracodawcą a osobą delegowaną. Odwołujący jednak nie złożył ani takiej umowy, ani delegacji potwierdzającej wyjazd służbowy.

Skład orzekający: