

**Wyrok**  
**z dnia 7 czerwca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Wojciech Świdwa**

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 7 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2016 r. przez wykonawcę **Arcus Technologie Sp. z o. o. z siedzibą w Celestynowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa Praga Południe z siedzibą w Warszawie**

**orzeka:**

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie poprawienia, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, dwóch omyłek w ofercie odwołującego w części branża wódka zadanie C poz. 56 i w zadaniu A+B w poz. 69 z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych wynikających z poprawienia omyłek.
2. kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa Praga Południe z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Arcus Technologie Sp. z o. o. z siedzibą w Celestynowie** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.1. zasądza od zamawiającego - **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa Praga Południe z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcę **Arcus Technologie Sp. z o. o. z siedzibą w Celestynowie** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (10 000 zł) i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.**

.....

**Uzasadnienie**

Zamawiający: Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa Praga Południe ul. Krypska 39 04-082 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „przebudowa i modernizacja budynku Przychodni SZPZLO Warszawa Praga Południe w budynku zlokalizowanym w Warszawie przy ul. Saskiej 61”. Sygnatura Postępowania SZPZLO/ZP/07/16.

Odwołujący: ARCUS Technologie Sp. z o.o. w Celestynowie, (dawniej: P.P.H.U. Arcus Usługi Ogólnobudowlane A. M.) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego oraz zaniechania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany w toku

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91. ust. 1. ustawy poprzez bezpodstawne wybranie oferty złożonej przez Wykonawcę MARO M. S. z siedzibą ul. Raclawicka 24, 05-200 Wołomin - Majdan oraz zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami Ustawy,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego;
3. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia innych omyłek w ofercie Odwołującego, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty
4. Inne przepisy wskazane bądź wynikające z treści odwołania.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego;
3. dokonania poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy tj. poprawienie w kosztorysie ofertowym w części branża - wod.- kan. Zadanie A+B w poz. 69 na 26 szt. baterii, a w części branża - wod.-kan. Zadanie C w poz. 56 na 8 kpl. umywalek i uwzględnienie konsekwencji rachunkowych wynikający z poprawienia innych omyłek.
4. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert z uwzględnieniem dokonanych czynności, co do których Zamawiający był zobowiązany a których zaniechał.

W odniesieniu do odrzucenia oferty odwołującego, a tym samym zaniechania poprawienia innej omyłki w ofercie polegającej na niezgodności oferty z siwz, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy, odwołujący wskazuje, iż te czynności i zaniechania mają istotny wpływ na wynik postępowania i stanowią naruszenie interesu Odwołującego w pozyskaniu zamówienia.

Interpretacja przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy poza literalnym brzmieniem winna być dokonywana również z uwzględnieniem zamiaru jego wprowadzenia. Celem wprowadzenia powyższego uregulowania prawnego było ograniczenie sytuacji, w których korzystne cenowo oferty podlegały odrzuceniu z uwagi na fakt, iż pojawiały się w nich mało znaczące błędy niemożliwe jednak do poprawienia na mocy określonych ustawowo zasad. Rozwiązanie miało przyczynić się do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert, jak również do ograniczenia liczby unieważnianych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ustawodawca dopuścił możliwość poprawiania omyłek występujących w ofertach, które nie są ani omyłkami pisarskimi, ani rachunkowymi.

Pojawienie się w ofercie wykonawcy omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, powoduje powstanie po stronie Zamawiającego obowiązek jej poprawienia. Przepis wprost stanowi: „zamawiający poprawia”, co to ma charakter kategoryczny. Zamawiający musi zatem poprawić omyłkę znajdującą się w ofercie wykonawcy, choćby ten nie wnosił o podjęcie przez zamawiającego stosownego działania w tym zakresie. Takie stanowisko zostało zaprezentowane w wyroku sygn. akt: KIO/UZP 1427/09; KIO/UZP 1428/09). Stwierdzić należy, iż zanim Zamawiający dokona czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązany jest wyczerpać procedurę z art. 87 ustawy Pzp.

Z wyroku 2810/11 wynika, iż „Właściwie wszystkie nieprawidłowości oferty względem siwz (w tym również jej wewnętrzne sprzeczności), która z założenia ma być zgodna z treścią siwz i jednoznaczna, są omyłkami wykonawcy i jako takie winny być traktowane. Omyłką będzie więc każda niezgodność między ofertą a siwz, chyba, że sam wykonawca będzie utrzymywał co innego, tzn. będzie obstawał, iż treść, zakres czy sposób przygotowania oferty są prawidłowe i w taki sposób powinny być traktowane (np. nie zgodzi się na poprawienie treści jego oferty) lub udowodnione mu zostanie świadomie i celowe sporządzenie oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego”.

Niezależnie od przywołanego stanowiska zarówno co do interpretacji innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz podlegającej na poprawieniu na mocy art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy jak i okoliczności temu towarzyszących istnieje szerokie orzecznictwo, w którym niejednokrotnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza jak i Sądy.

W świetle spójnego orzecznictwa poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek:

po pierwsze zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści; jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie: „artykuł 87 ust. 2 pkt 3 pzp 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”

- po drugie poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty

Zarówno pierwsza przesłanka jak i druga ma właśnie miejsce w przypadku oferty Odwołującego, co można bezwzględnie potwierdzić na podstawie analizy stanu faktycznego wynikającego nawet z informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

W przywołanej informacji sam Zamawiający wskazał jednoznacznie, że Odwołujący „w kosztorysie ofertowym w części branża - wod.-kan. Zadanie A+B w poz. 69 wycenił 25 szt. baterii, a w części branża - wod.-kan. Zadanie C w poz. 56 wycenił 6 kpl umywalek. Zgodnie z odpowiedziami udzielonymi 25.04.2016 r. Wykonawca powinien wycenić 26 szt. baterii oraz 8 kpl umywalek.”

Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż różnica w wycenie zarówno o 1 szt. baterii jak i o 2 kpl umywalki jest znikomą i nieistotną a wręcz błahą omyłką i jej poprawienie nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty. Ponadto wynika z niezmiernego błędu, opuszczenia i drobnych różnic wynikających z wyjaśnień Zamawiającego w końcowym okresie przed terminem składania ofert. Tym samym nie stanowi zamierzonego celowego działania odwołującego, co powodowałoby uprzywilejowaną pozycję i konkurencyjność Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu. Z tego też względu Zamawiający winien założyć, że błędy są wynikiem nieuwzględnienia wyjaśnień co do ilości, które wynikały z wyjaśnień a które omyłkowo zostały przeoczone.

W stanie faktycznym tego postępowania nie można pominąć stanowiska wyrażonego przez KIO, wskazującą, że „Zamawiający, mając podstawy zakładać, że błędy w ofercie były wynikiem nieuwzględnienia zmiany siwz, powinien potraktować je jako omyłkę i dokonać jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Brak pewności zamawiającego co do tego, czy stwierdzona niezgodność była wynikiem omyłki, nie jest wystarczającą podstawą do odrzucenia oferty. Zamawiający miał bowiem możliwość zweryfikowania przyczyn rozbieżności między ofertą a siwz, poprzez zawiadomienie wykonawcy o dokonaniu poprawek.” (KIO 1095/121.

Dodatkowo wskazać należy, iż niniejsza omyłka jest omyłką prostą do identyfikacji i poprawienia zważywszy, że kosztorys przedstawiony wraz z ofertą zawiera ceny

jednostkowe również w tych pozycjach a tym samym możliwe jest przyjęcie właściwych wielkości z uwzględnieniem zaoferowanych cen jednostkowych.

Wskazać również należy, że dokonanie przez Zamawiającego poprawienia innej omyłki w ofercie odwołującego nie stanowiłoby istotnej zmiany treści oferty a uwzględnienie dodatkowo jednej baterii i 2 kpi umywalek nieistotnie i w sposób znikomy proporcjonalnie wpłynęłoby na zaoferowaną cenę, która zarówno przed poprawieniem innej omyłki jak i po poprawieniu była by ofertą najkorzystniejszą.

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 miałyby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na postawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy 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 ustawy Pzp. Przywołany przepis art. 87 ust. 1 ustawy 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 ustawy Pzp w sytuacji, w której prowadziłoby to do negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, o czym w przedmiotowej sprawie nie może być mowy, gdyż zwiększenie ilości i przeliczenie oferty z uwzględnieniem cen jednostkowych nie stanowi żadnego rodzaju negocjacji.

Przeszkody w zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp nie stanowi, co do zasady, fakt, że poprawiona oferta stanie się ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Poprawienie omyłki nie może prowadzić bowiem do istotnej zmiany treści oferty, a nie zmiany, która będzie miała istotne znaczenie dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do błędnego wniosku, że nie można dokonać poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jeśli skutkiem tego działania będzie uznanie jej za najkorzystniejszą.

Wykonawca, którego oferta została poprawiona na podstawie powyższego przepisu może nie wyrazić zgody na taką zmianę, w takiej sytuacji zamawiający zobowiązany jest, stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, do odrzucenia takiej oferty.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że przesłanką do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest jedynie brak zgody, równoznaczny ze sprzeciwem na dokonanie poprawy. Przecząca forma użyta w dyspozycji tego przepisu wskazuje zdaniem Izby, że w każdej innej sytuacji aniżeli „nie wyrażenie zgody” przez wykonawcę, oferta nie podlega odrzuceniu.

Oferta nie podlega zatem odrzuceniu w razie czynnej akceptacji dokonanej poprawki, poprzez wyrażenie zgody jak i bezczynności wykonawcy wobec zawiadomienia zamawiającego o poprawieniu jego oferty.

W przedmiotowym zakresie orzecznictwo bogate jest w przykłady nieprawidłowości w ofertach, co do których Krajowa Izba Odwoławcza wskazała na zasadność poprawienia omyłek.

Z analizy orzecznictwa wynika, że tryb poprawiania omyłek określony w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wykorzystywany jest bardzo często do korygowania nieprawidłowości między innymi w kosztorysach ofertowych.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem poprawieniu podlegają 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.

W wyroku z dnia 5 maja 2011 r. Izba za uzasadnione uznała poprawienie omyłki w oznaczeniu jednostki miary w jednej pozycji kosztorysu ofertowego (metr kwadratowy zamiast metr sześcienny) nie wpływające ani na cenę jednostkową ani na wartość elementu robót. Izba uwzględniła fakt, że numer KNNR-u 1 0313-01 jaki podany był w kosztorysie ofertowym jednoznacznie wskazywał, iż właściwą jednostką dla tej pozycji był m<sup>2</sup>. W ocenie składu orzekającego, uzasadnione było również dokonanie w oparciu o powołany wyżej przepis poprawienia omyłki polegającej na nieuwzględnieniu przez wykonawcę, przy obliczeniu wartości pozycji wskazanej w przedmiarze, krotności „2” (zamawiający poprawił obmiar z 300 m na 600 m). Konsekwencją powyższego była zmiana wartości tej pozycji z kwoty 3 456 zł na kwotę 6 912 zł. W tym miejscu Izba zaznaczyła, że stanowisko odwołującego, że poprawienie omyłek na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do zmiany ceny, gdyż zmiany takie są dopuszczalne jedynie w razie poprawiania omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, nie jest uzasadnione. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie zawiera takiego ograniczenia, gdyż jedynym ograniczeniem zakresu poprawiania omyłek jest skutek w postaci zmiany treści oferty, która

nie jest zmianą istotną. W konsekwencji Izba wskazała, że również przyjęcie w postępowaniu kosztorysowej formy wynagrodzenia nie stanowi przeszkody do zastosowania procedur poprawienia omyłek oferty na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Zdaniem Izby spełnione zostały przesłanki poprawienia wskazanych omyłek, bowiem nie doszło do istotnej zmiany treści oferty.

Jak wskazuje jednolita doktryna pojawienie się w ofertach omyłek, o których mowa w tym przepisie powoduje powstanie obowiązku Zamawiającego w zakresie jej poprawienia. Powyższy przepis bowiem wprost stanowi: „zamawiający poprawia”, a sformułowanie to ma charakter kategoriyczny. Zatem odrzucenie oferty z powodu omyłek, które powinny być poprawione w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, stanowi naruszenie ustawy. W ocenie Izby zakresem zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp objęte jest również poprawienie treści oferty w zakresie jej ceny, która niewątpliwie stanowi essentialia negotii umowy w sprawie zamówienia publicznego, o ile nie powoduje zmiany tej ceny w sposób istotny KIO 339/12. W ocenie KIO „poprawienie omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp dotyczy zarówno postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe, jak i tych, w których zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe.”- KIO 883/12.

Zwrócić również należy uwagę na wykładnię, wyrażoną w orzecznictwie wskazującą, że „Nie ma również żadnego problemu z poprawieniem omyłki polegającej na zaniżeniu obmiaru w pozycji dotyczącej kanałów z rur PVC łączonych na wcisk - przy podanej cenie jednostkowej wyliczenie nowej wartości pozycji jest działaniem arytmetycznym. Spowoduje to nieznaczną zmianę ceny oferty. Wreszcie w ocenie Izby nie ma przeszkód dla dopisania dwóch pozycji przedmiaru, które przez omyłkę w ogóle nie zostały ujęte w kosztorysie ofertowym Odwołującego. W przypadku rur ochronnych Zamawiający mógł bez problemu przy wyliczeniu jej wartości odwołać się do ceny jednostkowej wskazanej w innej analogicznej pozycji. Nie ma przy tym znaczenia, że początkowo nie dostrzegł tego również Odwołujący, który podniósł to dopiero na rozprawie. Istnienie analogicznej pozycji i jej cena jednostkowa ma charakter obiektywnej okoliczności, którą Zamawiający mógł sam stwierdzić. Ponadto w tym przypadku zmiana ceny oferty będzie miała charakter wręcz znikomy. Pozostała ostatnia niezgodność dotycząca z nazwy wykonania różnych budowli i elementów betonowych drobnowymiarowych o objętości do 1,5 m<sup>3</sup>, dla której w kosztorysie - według zgodnego stanowiska Stron - nie ma analogicznej pozycji, która mogłaby stanowić punkt odniesienia przy ustalaniu jej wartości. Wyłącznie zatem wycena tej pozycji mogłaby być ewentualnie polem niedozwolonych negocjacji z Odwołującym. W ocenie Izby nie do zaakceptowania jest odrzucenie oferty z tego powodu, że Zamawiający nie jest w stanie samodzielnie ustalić wartości pozycji dotyczącej de facto niespełna 4 m<sup>3</sup> betonu. W ocenie Izby nie wyklucza to możliwości poprawienia kosztorysu ofertowego przez dopisanie tej pozycji i wycenienie jej na

0 zł. Z kolei na przeszkodzie poprawieniu w ten sposób nie stoi uzasadnione przypuszczenie, że gdyby Odwołujący nie pominął tej jednostkowej pozycji przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego, zostałaaby ona wyceniona, a zatem cena oferty bez popełnienia tej omyłki mogłaby być wyższa. Biorąc pod uwagę jednoznaczne deklaracje Odwołującego brak podstaw do przypuszczenia, że stanie się to powodem braku jego zgody na dokonanie poprawienia tej omyłki w sposób, który był dostępny Zamawiającemu.” W zamówieniach na roboty budowlane często spotyka się pominięcie pozycji lub kwot lub podanie kwoty 0 zł wartości jednostkowej oraz wartości prac netto w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego, co wielokrotnie dostrzegano w orzecznictwie (zob. KIO 333/11, KIO 335/10, KIO/UZP 1324/09). Pominięcie pozycji, kwot lub wartości prac netto w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego nie może być z góry uznane za niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Za takim rozumieniem innej omyłki opowiedziała się również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO/UZP 2034/10, w którym stwierdziła, że omyłka polegająca na nie załączeniu do Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER) pięciu pozycji o łącznej wartości 4.847,71 zł w odniesieniu do ceny netto tej oferty wynoszącej 114.662.273,51 zł jest omyłką nie powodującą istotnych zmian w jej treści. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że pominięcie w treści TER pięciu pozycji nie powoduje, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, gdyż odwołujący zobowiązał się wykonać przedmiot zamówienia opisany w SIWZ, dokonał kalkulacji wszystkich pozycji elementów rozliczeniowych, a jedynie nie dał temu wyrazu w formie odzwierciedlenia tej informacji na papierze.

Również w wyroku KIO 1066/11 Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego, że „(...) o istotności zmiany w treści oferty decyduje, to czy zmiana nie wpływa na cenę. Izba stoi na stanowisku, że taka interpretacja tego przepisu jest nieuprawniona i nie znajduje odzwierciedlenia w przepisie ustawy. Zmiana nieistotna w treści oferty to zmiana o niewielkim w stosunku do całego przedmiotu oferowanego zakresie. W ocenie Izby nie było zatem podstaw do zaniechania zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i zamawiający nieprawidłowo zastosował art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy odrzucając ofertę odwołującego i pomijając zastrzeżenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez jego zastosowanie i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez jego niezastosowanie.”.

Zarówno z interpretacji i wykładni przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy jak również z obowiązującej doktryny orzeczniczej jednoznacznie wynika, że rozbieżności ilościowe zwłaszcza w postępowaniach o roboty budowlane i załączanych wraz z ofertą kosztorysach nie stanowią o istotnej sprzeczności oferty z treścią SIWZ, która kwalifikowałaby ofertę do odrzucenia. Izba w pełni podziela stanowisko, że ilościowe rozbieżności w tym wynikające m.in. z modyfikacji dokonanej przez Zamawiającego, stanowią inną omyłkę możliwą do

poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy- jako inne omyłki, których poprawienie nie prowadzi do istotnej zmiany treści oferty.

Zaistniała w ofercie odwołującego inna omyłka jest znikomą omyłką nie powodującą istotnej zmiany treści oferty, w sposób bezsporny i oczywisty możliwą do poprawienia w oparciu o ceny jednostkowe wskazane w kosztorysie odwołującego. Na powyższe wskazuje fakt, że uwzględnienie brakującej jednej szt. baterii oraz 2 kpi. umywalek oraz poprawienie treści oferty z uwzględnieniem konsekwencji poprawienia innych omyłek nie prowadzi do istotnej zmiany treści oferty bo jedynie o znikomy wzrost ceny o 1.574,66 zł co stanowi zaledwie 0,1% całej wartości ofertowej netto.

Analogiczne przypadki podlegały rozpoznaniu Krajowej Izby Odwoławczej w tym m.in. w 2015r., w wyniku czego dokonując oceny wyspecyfikowanych niegodności poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego z treścią SIWZ Izba stwierdziła, że w przypadku gdy poszczególne pozycje kosztorysowe z oferty, są sprzeczne z SIWZ z powodu błędnie podanej jednostki miary, albo błędnie podanej ilości mamy do czynienia z inną omyłką, polegającą na tym, że w ofercie dokonano wyliczenia niewłaściwej ilości niż przyjęta w przedmiarze z poszczególnych pozycji kosztorysowych.

Uwzględniając, że w ofercie wycenione zostały ceny jednostkowe możliwym jest obiektywnie dokonanie poprawienia wskazanych pozycji kosztorysu w oparciu o samą treść oferty i wprowadzone w tym zakresie zmiany nie są poważne, tj. nie prowadzą do istotnej zmiany treści oferty. Poprawienie oferty doprowadzi do zmiany ceny ofertowej tego wykonawcy, co samo w sobie - w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - nie jest zakazane. Zmiana ta jest jednak nieznaczna. Sygn. akt: KIO 1074/15

Zaniechanie przez Zamawiającego czynności poprawienia innych omyłek zgodnie z art. 87 ust.2 pkt. 3 Ustawy, przyczyniło się do nieuprawnionego wyeliminowania oferty Odwołującego oraz wyboru oferty nie będącej ofertą najkorzystniejszą.

Uwzględniając przywołany stan faktyczny wniósł, jak na wstępie.

W trakcie rozprawy strony przedstawiły stanowiska.

Odwołujący poparł odwołanie wraz z zawartą w nim argumentacją, zarzutami i żądaniami. Zauważył, że ponosi znaczące koszty przygotowania oferty, jako że musi wprowadzić do obszernego kosztorysu około 700 pozycji i wymaga to znaczącego nakładu pracy. Zakwestionował określenie go jako nierzetelnego wykonawcy, także w świetle wcześniejszej współpracy stron. Spośród szeregu wprowadzonych zmian do specyfikacji odwołujący nie uwzględnił w ofercie jedynie zmian dla dwóch pozycji kosztorysu, tj. jednej sztuki baterii umywalkowej i dwóch sztuk umywalek. W samej ofercie zawarte były informacje wystarczające do poprawienia omyłek, w szczególności podane były ceny jednostkowe spornych pozycji. Nie było zatem nawet potrzeby prowadzenia w tym zakresie postępowania

wyjaśniającego. Wskazał na znikomą różnicę ceny po poprawieniu omyłek stanowiącą 0,1% ceny całościowej. Zauważył także, że cena oferty wybranej przez zamawiającego jako najkorzystniejsza jest wyższa o około 80 tys. złotych. Ponownie podkreślił, że jest firmą profesjonalną. Wskazał na ustawowy obowiązek stosowania art. 87 ust. 2 i stwierdził, iż nie może być w takiej sytuacji mowy o naruszeniu zasady równości wykonawców.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że odwołujący świadomie zaniechał uwzględnienia w ofercie zmian specyfikacji, o których został zawiadomiony zarówno bezpośrednio potwierdzonym mailem jak i zamieszczeniem informacji na stronie internetowej dnia 25 kwietnia br. Obowiązkiem wykonawcy było rzetelne przygotowanie oferty, czego nie uczynił. W toku oceny ofert zamawiający uznał, iż błędy w ofercie nie mają charakteru omyłki podlegającej poprawieniu. Uznał, że uwzględnienie zarzutów prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Stwierdził, iż po analizie treści oferty uznał, iż nie zachodzą przesłanki z art. 87 ust. 2 pkt 3, gdyż niezgodność w ofercie nie miała charakteru omyłki.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięciu pod uwagę stanowisk stron przedstawionych na piśmie i do protokołu, uwzględniając także dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść oferty złożonej przez odwołującego w zakresie objętym zarzutami odwołania zważyła, co następuje.

Odwołujący niewątpliwie ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego zdefiniowany w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, a w konsekwencji ma legitymację czynną do wniesienia odwołania.

Stan faktyczny sprawy jest niesporny.

Odwołujący w złożonej ofercie, w wymaganym w kosztorysie ofertowym w części branża - wod.-kan. Zadanie A+B w poz. 69 wycenił 25 szt. baterii, a w części branża - wod.-kan Zadanie C w poz. 56 wycenił 6 kpl umywalek. Natomiast zgodnie z wymogami siwz zawartymi także w odpowiedziach udzielonych na pytania wykonawców, w tym dnia 25 kwietnia 2016 r. Wykonawca powinien wycenić 26 szt. baterii oraz 8 kpl. umywalek.

Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż różnica w wycenie zarówno o 1 szt. baterii, jak i o 2 kpl. umywalki jest nieznaczna omyłką, a jej poprawienie nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty. W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania zasadności twierdzenia zamawiającego, iż wykonawca świadomie popełnił błąd przy sporządzaniu oferty. Taki pogląd nie znajduje oparcia w racjonalnym oglądzie rzeczy i doświadczeniu życiowym. Tym samym nie stanowi zamierzonego celowego działania odwołującego, co miałyby powodować uprzywilejowaną pozycję Odwołującego w postępowaniu. Z tego też względu Zamawiający winien uznać, że

błędy są wynikiem przeoczenia przez wykonawcę wyjaśnień co do ilości spornych pozycji kosztorysowych.

Stan faktyczny sprawy w sposób ewidentny nakazuje zastosowanie przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Należy podkreślić, że wszelkie niezbędne informacje, w tym, co do ceny jednostkowej baterii i umywalki zostały jednoznacznie podane w ofercie.

A zatem omyłka jest omyłką prostą do identyfikacji i poprawienia bez potrzeby prowadzenia postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pzp.

Wskazać również należy, że dokonanie poprawienia omyłki w ofercie nie stanowiłoby istotnej zmiany treści oferty, a uwzględnienie dodatkowo jednej baterii i 2 kpl umywalek nieistotnie i w sposób znikomy proporcjonalnie wpłynie na zaoferowaną cenę.

Z uwagi na powyższe orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 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).

**Przewodniczący:**

.....