

WYROK
z dnia 14 września 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2012 roku przez wykonawcę **BTH Solidni Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz czynności odrzucenia oferty wykonawcy Odwołującego się i dokonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawę – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **BTH Solidni Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego **Miasta Stołecznego Warszawy – Stołecznego Zarządu Rozbudowy Miasta** na rzecz wykonawcy **BTH Solidni Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenastu tysięcy stu złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 7 500 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 5 września 2012 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca **BTH Solidni sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**. Postępowanie prowadzi Zamawiający – **Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta**.

Odwołanie wniesiono od czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego. Zamawiającemu zarzucono, że podejmując wyżej wymienioną czynność naruszył w szczególności następujące przepisy:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp - poprzez błędne przyjęcie, że wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania oraz
- 2) nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
 - b) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
 - c) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
 - d) dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Odwołujący poniósł szkodę w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Na skutek niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego Odwołujący jako wykonawca spełniający warunki udziału w postępowaniu został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo że jego oferta jest najkorzystniejsza cenowo i nie podlega odrzuceniu.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż informację o unieważnieniu postępowania i odrzuceniu oferty Odwołujący otrzymał w dniu 31 sierpnia 2012 roku.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że w specyfikacji istotnych warunków

zamówienia (Rozdział XIX SIWZ) Zamawiający wskazał, że wykonawca składający ofertę musi dodatkowo załączyć wypełniony formularz „Zestawienie kosztów zamówienia” - zgodny w treści ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ.

Zamawiający w dniu 20 lipca 2012 roku dokonał modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia poprzez zmianę załącznika nr 5 do SIWZ „Zestawienie kosztów zamówienia.” Odwołujący przyznaje, że do oferty omyłkowo został załączony dokument „Zestawienie kosztów zamówienia”, który nie uwzględnił zmian w powyższym dokumencie.

Zamawiający poinformował Odwołującego, pismem z dnia 24 sierpnia 2012 r., że działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, dokonał poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty. W formularzu „Zestawienie kosztów zamówienia” w części A w pozycji 1 i 8 oraz w części B w pozycji 2,3,7 i 16 wykonawca nie uwzględnił modyfikacji treści SIWZ. Odwołujący w pozycji 1 Części A oraz w pozycji 3 i 16 Części B zaoferował sprzęt o parametrach, które mieszczą się w parametrach wymaganych przez Zamawiającego.

Zamawiający dokonał poprawy innej oczywistej omyłki w pozycji 8 Części A oraz w pozycjach: 2 i 7 Części B. Zamawiający uznał, że z okoliczności sprawy wynika, że omyłka polegająca na nieuwzględnieniu zmian w formularzu „Zestawienie kosztów zamówienia” jest inną oczywistą omyłką niepowodującą istotną zmianą w treści oferty. Odwołujący złożył wraz z ofertą dodatkowy dokument pn. „Opis techniczny przedmiotu zamówienia”, który uwzględniał modyfikacje dotyczące pozycji 8 Części A oraz pozycji: 2 i 7 Części B. Dodatkowo, do oferty Odwołujący załączył oświadczenie, że w przypadku wyboru jego oferty podpisze umowę zgodnie z jej treścią przedstawioną przez Zamawiającego, której integralną częścią jest „Zestawienie kosztów zamówienia.”

Zamawiający w piśmie z dnia 24 sierpnia 2012 r. informującym o poprawieniu innej omyłki niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, zwrócił się z prośbą o wyrażenie zgody na poprawę omyłki w sposób określony w piśmie. Zamawiający poinformował, że jeżeli wykonawca w terminie trzech dni od dnia doręczenia pisma informującego o dokonaniu poprawek, nie zgodzi się na poprawienie omyłek, Zamawiający odrzuci ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący poinformował Zamawiającego pismem z dnia 27 sierpnia 2012 roku (wysłanym faxem i kurierem w dniu 28 sierpnia 2012 r.), że wyraża zgodę na poprawę omyłki.

Odrzucając ofertę Odwołującego i tym samym unieważniając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający naruszył przepisy ustawy PZP, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt. 7).

Nie jest przedmiotem sporu pomiędzy stronami fakt, że omyłka poprawiona przez Zamawiającego była inną omyłką polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją

istotnych warunków zamówienia. Tak w orzecznictwie, jaki w doktrynie wskazuje się, że Zamawiający, zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 ustawy Pzp ma prawo poprawiać omyłki, mające charakter nieumyślnych pomyłek, niedopatrzeń, niezamierzonych błędów, opuszczeń, drobnych różnic (tak m.in.: wyrok Sądu Okręgowego z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt XII Ga 429/09 oraz wyrok Sądu Okręgowego z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII Ga 102/09). Wskazuje się także, omyłka taka nie może powodować istotnej zmiany treści oferty.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający prawidłowo ocenił omyłkę Odwołującego, słusznie odnosząc się do stanu faktycznego i okoliczności sprawy. Z załączonej przez Odwołującego do oferty dokumentacji wynika niezbicie, że Odwołujący składając ofertę, w szczególności wyceniając koszt poszczególnych sprzętów wskazanych w „Zestawieniu kosztów zamówienia”, uwzględnił zmianę opisu technicznego sprzętu dokonaną przez Zamawiającego. Wynika to przede wszystkim z faktu, że świadomie i zamierzenie Odwołujący dołączył do oferty „Opis sprzętu technicznego”, który uwzględniał wszystkie zmiany dokonanego przez Zamawiającego. Dodatkowo, pismem z dnia 27 sierpnia 2012 r. (wysłanym faxem i kurierem w dniu 28 sierpnia 2012 r.), Odwołujący przesłał, na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymogom SIWZ, dokument pn. „Opis sprzętu medycznego i rehabilitacyjnego”, który zawiera opisy uwzględniające zmiany w przedmiocie zamówienia dokonane przez Zamawiającego. Tym samym, należy po raz kolejny podkreślić, że Zamawiający prawidłowo dokonał poprawienia innych omyłek w ofercie.

Na tym jednak zgodność twierdzeń Odwołującego ze stanowiskiem Zamawiającego się kończy.

Przede wszystkim, brak jest zgody Odwołującego na uznanie zasadności odrzucenia oferty przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt.7 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nieprawidłowo zinterpretował normę, która wynika z niniejszego przepisu. Zgodnie z treścią niniejszego przepisu Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3.

Powyższy przepis, był przedmiotem licznych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. Dominujące stanowisko orzecznictwa, które podziela Odwołujący, wskazuje jednoznacznie, że dopiero oświadczenie o braku zgody na poprawienie omyłki winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp (tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 07 września 2009 roku, sygn. akt KIO 1094/09; podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 marca 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 293/09, KIO/UZP

294/09).

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający poinformował, że jeżeli wykonawca w terminie trzech dni od dnia doręczenia pisma informującego o dokonaniu poprawek, nie zgodzi się na poprawienie omyłek, Zamawiający odrzuci ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp. W podobnym stanie faktycznym orzekła Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 08 września 2010 r. (sygn. akt: KIO 1841/10), jednoznacznie wskazując, że: „Z przepisu tego (art. 89 ust. 1 pkt. 7 - przyp. aut.) wynika, że ma uprawnienie do niegodzenia się na poprawę omyłki, natomiast przepis nie nakłada na wykonawcę obowiązku aktywnego wyrażenia zgody na poprawę omyłki. Również przepis ten, ani żaden inny przepis ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, nie daje zamawiającemu uprawnienia do zmiany rozpoznawanego unormowania art. 89 ust. 1 pkt 7 i nałożenia na wykonawcę obowiązku wyrażenia zgody na poprawienie omyłek. Dlatego zamawiający nie mógł nałożyć na wykonawcę obowiązku wyrażenia zgody na poprawę omyłki, wbrew unormowaniu art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, które daje uprawnienie wykonawcy do aktywnego wyruszenia woli o nie zgodzeniu się na poprawienie jakiegokolwiek omyłki.”

Potwierdzenie słuszności zarzutów Odwołującego odnaleźć można także w najnowszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02 kwietnia 2012 roku (Sygn. akt KIO/KU 35/12), wskazuje się, że: „wobec niejednoznacznej wykładni, w szczególności w doktrynie art. 89 ust. 1 pkt 7 zasadne było uściślenie znaczenia tego przepisu, w sposób umożliwiający jednakową jego interpretację przez wykonawców. Postanowienia siwz stanowią swoisty akt prawny wiążący zarówno wykonawców jak i samego zamawiającego. Dlatego też przy uwzględnieniu powyższych rozbieżności interpretacyjnych omawianego przepisu, zamawiający miał, zdaniem Izby prawo wprowadzić w tym zakresie stosowne postanowienia siwz, a wprowadzając je do postępowania był zobowiązany do ich stosowania w toku oceny ofert.”

W przedmiotowym stanie faktycznym w dziale XXII SIWZ - Oczywista Omyłka pisarska/Omyłka rachunkowa, Zamawiający nie określił zasad postępowania w przypadku poprawiania oczywistych omyłek w ofercie, ograniczając się jedynie o przepisania zapisów ustawy Pzp w tym zakresie. W związku z powyższym brak podstaw prawnych, by Zamawiający był uprawniony, w świetle przytoczonej uchwały, do odrzucania oferty w niniejszym postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wobec przeważającego stanowiska orzecznictwa należy przychylić się do stanowiska, że Odwołujący nie miał obowiązku potwierdzenia, że wyraża zgodę na dokonanie poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty.

Wobec powyższych faktów Odwołujący uważa, że ustawa Pzp nakłada na Zamawiającego wyłącznie obowiązek poinformowania wykonawcy o poprawieniu omyłki, natomiast nie wynika z przepisów ustawy Pzp, by Zamawiający zwracał się do wykonawcy z prośbą/żądaniem wyrażenia zgody na dokonanie poprawki. Tym samym należy stanąć na stanowisku, że milczenie wykonawcy oznacza brak sprzeciwu na poprawkę i poprawka jest skuteczna. Wobec braku sprzeciwu Odwołującego w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia na dokonanie przez Zamawiającego poprawienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, należy przyjąć, że odrzucenie oferty Odwołującego było niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów. Co więcej, należy podkreślić, że Odwołujący, w późniejszym terminie, dodatkowo wyraził zgodę na dokonanie poprawek omyłek w ofercie.

Konsekwencją przyjęcia przez Zamawiającego błędnej wykładni art. 89 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp było odrzucenie oferty wykonawcy, co stanowi naruszenie przepisów ustawy.

Mając na uwadze powyższe, wniesienie niniejszego odwołania Odwołujący uznał za konieczne oraz w pełni uzasadnione.

Zamawiający na rozprawie złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania. Wskazywał na orzecznictwo Sądu Najwyższego, z którego wynika, że milczenie może być uznane za oświadczenie woli tylko wtedy, gdy ustawa albo istniejący stosunek prawy przyznaje milczeniu określone znaczenie prawne. Dokonanie czynności prawnej wymaga określenia treści tej czynności, „milczenie” – czyli bierne zachowanie podmiotu prawa nie pozwala zrekonstruować treści czynności prawnej (wyrok SN z dnia 26 czerwca 2008 roku, sygn. akt II CSK 80/08). Ponadto przywołano pogląd wyrażony w komentarzu do art. 87 ustawy Pzp pod red. Włodzimierza Dzierżanowskiego, Jarosława Jerzykowskiego i Małgorzaty Stachowiak. Zamawiający podniósł, że nie miał obowiązku informować wykonawcy o treści art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, ale mimo to dokonując poprawy innej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 poprosił pismem z dnia 24 sierpnia 2012 roku wykonawcę o wyrażenie zgody, wskazując jednocześnie, że w przypadku gdy wykonawca w terminie trzech dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodzi się na poprawienie omyłki. Pomimo tego wykonawca takiej zgody nie udzielił. Zamawiający wskazał również, że nawet gdyby dopuszczalna była dorozumiana zgoda wykonawcy, to takiej zgody nie mógłby Zamawiający wywieść z pisma z dnia 28 sierpnia 2012 roku, ponieważ z jego treści jednoznacznie wynikało, że wykonawca nie wyraża zgody na poprawę omyłki w pkt 7 części B Formularza „Zestawienie kosztów zamówienia” polegającej na wykreśleniu z pozycji „Pętla Glissona z orczykiem”.

Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron postępowania oraz pozostałej dokumentacji postępowania, a także stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Dostawa wyposażenia sprzętu medycznego i rehabilitacyjnego dla Domu Pomocy Społecznej w ramach zadania inwestycyjnego pn.: Rozbudowa i przebudowa budynku szkoły na filię Domu Pomocy Społecznej Na Przedwiośniu” (numer referencyjny RZP-II-WI/21/DZP-1/2012).

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 250444-2012 w dniu 13 lipca 2012 roku.

W terminie składania ofert wpłynęły 3 oferty.

Zamawiający w trakcie badania i oceny ofert, pismem z dnia 24 sierpnia 2012 roku, poinformował wykonawcę Odwołującego się o poprawieniu innej omyłki niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, zwrócił się jednocześnie z prośbą o wyrażenie zgody na poprawę omyłki w sposób określony w piśmie. Zamawiający poinformował, że jeżeli wykonawca w terminie trzech dni od dnia doręczenia pisma informującego o dokonaniu poprawek, nie zgodzi się na poprawienie omyłek, Zamawiający odrzuci ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący poinformował Zamawiającego pismem z dnia 27 sierpnia 2012 roku (wysłanym faxem i kurierem w dniu 28 sierpnia 2012 r.), że wyraża zgodę na poprawę omyłki.

W dniu 31 sierpnia 2012 roku Zamawiający zawiadomił wykonawcę, że odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Powodem odrzucenia oferty było złożenie przez wykonawcę oświadczenia w zakresie wyrażenia zgody na poprawę innej omyłki w formie faksu w dniu 28 sierpnia 2012 roku, zatem po upływie terminu wyznaczonego na wyrażenie zgody. Wykonawca w terminie trzech dni od dnia doręczenia zawiadomienia o poprawie, nie udzielił odpowiedzi na prośbę Zamawiającego, więc Zamawiający uznał, że nie wyraził on zgody na poprawienie omyłki, w związku z czym odrzucono jego ofertę.

Na czynność odrzucenia oferty odwołanie wniósł wykonawca wykluczony z postępowania.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie 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, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą.

Do postępowania odwoławczego po żadnej ze stron nie zgłosili przystąpienia pozostali wykonawcy uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Poddając analizie czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego, a w konsekwencji unieważnieniu postępowania z powodu niezłożenia żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu, w kontekście podniesionych zarzutów dotyczących błędnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niewyrażenia zgody na dokonanie poprawek uznano, że w analizowanym zakresie doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które – w myśl regulacji art. 192 ust. 2 ustawy, miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut odrzucenia oferty Odwołującego niezgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wyraził zgody na dokonanie przez Zamawiającego poprawki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie.

Z brzmienia art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp wynika, że intencją ustawodawcy było dopuszczenie do poprawiania wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia złożonego oświadczenia woli wykonawcy w istotnym zakresie. Jednocześnie ustawodawca wprowadził zasadę, iż oferta podlega odrzuceniu, w sytuacji gdy wykonawca nie zgodził się na poprawienie omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty po otrzymaniu od Zamawiającego powiadomienia o dokonanych poprawkach.

W ocenie składu orzekającego Izby nie ulega wątpliwości, że w świetle brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp odrzuceniu podlega oferta, która zawierała inne niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją

istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, które Zamawiający poprawił samodzielnie i co do których wykonawca w ciągu trzech dni od zawiadomienia nie zgodził się na ich poprawienie.

Z powyższego wynika, że żaden z przepisów ustawy Pzp wprost nie wspomina o potrzebie czynnego ustosunkowania się przez wykonawcę do zawiadomienia o dokonaniu poprawek dotyczących niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, by oferta nie podlegała odrzuceniu.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przewiduje jedynie przesłankę do odrzucenia oferty, gdy wykonawca nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. 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. Wniosek zdaje się także potwierdzać uzasadnienie projektu zmian do ustawy Pzp, mocą której wprowadzono obecne brzmienie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdzie nawiązano jedynie do „nie zgodzenia się” na poprawienie omyłek podlegających poprawieniu przez Zamawiającego jako reakcji wykonawcy na dokonanie poprawek (*Ulega skróceniu termin, w jakim wykonawca może nie zgodzić się na poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej, rachunkowej oraz innej omyłki w ofercie*). W ocenie składu orzekającego Zamawiający nie był uprawniony do nałożenia na wykonawcę dodatkowego obowiązku, nie znajdującego odzwierciedlenia w przepisie prawa i żądania od wykonawcy czynnego zachowania, a więc wyrażenia zgody na poprawienie omyłki. Nawet jeżeli w zawiadomieniu o poprawieniu omyłek zawarto prośbę o wyrażenie zgody na poprawienie omyłek, to z uwagi na brak uregulowań w Pzp terminu na fakultatywne wyrażenie zgody, przesłanie zgody po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego nie mogło spowodować odrzucenia oferty takiego wykonawcy. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp daje wykonawcy możliwość czynnego działania, w przypadku, kiedy ten nie zgadza się na dokonaną poprawę. Udzielenie odpowiedzi było tylko prośbą Zamawiającego skierowaną do wykonawców, nie było natomiast nakazem wynikającym z regulacji prawnej.

Pogląd analogiczny do prezentowanego wyżej wyrażono w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 marca 2009 r., sygn. akt. KIO/UZP 293/09 i 294/09; z dnia 7 września 2009 r., sygn. akt 1094/09; z dnia 30 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 232/10; z dnia 8 września 2010 r., sygn. akt KIO 1841/10; z dnia 10 marca 2011 r., sygn. akt KIO 365/11; z dnia 14 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 689/11; z dnia 17 maja 2012 r., sygn. akt KIO 915/12. Podzielając wyrażoną w tych wyrokach argumentację uznano, że w świetle brzmienia obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, oferta wykonawcy, który nie zareagował lub zareagował zbyt późno na dokonanie przez

Zamawiającego poprawek jego oferty nie podlega odrzuceniu.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie wymagają od wykonawcy żadnej reakcji (oświadczenia woli) po to, by poprawiona oferta została się w postępowaniu i nie podlegała odrzuceniu.

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp przez nałożenie na wykonawcę obowiązku złożenia oświadczenia woli o wyrażeniu zgody na poprawę omyłek i odrzucenie oferty wykonawcy, który nie złożył takiego oświadczenia w terminie.

W zakresie argumentacji podniesionej na rozprawie przez Zamawiającego, iż nawet gdyby przyjąć dorozumianą koncepcję zgody, to wykonawca de facto nie zgodził na poprawienie omyłki, ponieważ w piśmie z dnia 28 sierpnia 2012 roku w opisie sprzętu w pozycji 7 części B zaoferował sprzęt niezgodny z wymaganiami Zamawiającego, zaznaczyć należy, że oferta wykonawcy odrzucona została na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, nie zaś na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jeżeli Zamawiający uważał, że zaoferowany sprzęt nie odpowiada jego wymaganiom, to za podstawę odrzucenia oferty należało również przyjąć art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zakresem odrzucenia, zgodnie z pismem z dnia 31 sierpnia 2012 roku, objęte było jedynie niewyrażenie zgody z podkreśleniem niedotrzymania 3 dniowego terminu na wyrażenie zgody. Zamawiający nie odnosił się do w jakikolwiek sposób do parametrów sprzętowych zaproponowanych przez wykonawcę, a znanych Zamawiającemu na etapie dokonywania rozstrzygnięcia w postępowaniu, czy też niewyrażenia zgody na poprawę przez dokonanie zmian w zestawieniu sprzętowym, co świadczyć mogłoby do faktycznym sprzeciwie na dokonaną poprawę.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji, nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego się.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust 4 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), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: