

**WYROK**

**z dnia 27 września 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2013 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2013 r. przez wykonawcę: **EKSPLOTERM Sp. z o.o., ul. Juliusza Lea 114, 30-133 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Jednostka Wojskowa 2573 Zgierz, ul. Konstancyńska 85, 95-100 Zgierz,**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności poprawy omyłki w ofercie złożonej przez EKSPLOTERM Sp. z o.o. dokonanej w dniu 2 września 2013 r. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 9 września 2013 r. oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty ww. wykonawcy w zakresie zadania II, poprzez dokonanie poprawy w ofercie ww. wykonawcy omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Jednostkę Wojskową 2573 Zgierz, ul. Konstancyńska 85, 95-100 Zgierz, i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **EKSPLOTERM Sp. z o.o., ul. Juliusza Lea 114, 30-133 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza kwotę **18 617 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych zero groszy) od zamawiającego: **Jednostka Wojskowa 2573 Zgierz, ul. Konstancyńska 85, 95-100 Zgierz** na rzecz wykonawcy: **EKSPLOTERM Sp.**

**z o.o., ul. Juliusza Lea 114, 30-133 Kraków** stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający Jednostka Wojskowa 2573 Zgierz, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Obsługę eksploatacyjną i konserwację oraz nadzór kotłowni w kompleksach wojskowych: 6029 Leźnica Wielka, 2447 Gałkówek i 3068 Regny w latach 2013-2015”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 25.06.2013 r. pod nr 2013/S 121-207545.

Odwołujący: EKSPLOTERM Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907), zwanej dalej Pzp:

1. art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie prowadzące do niewłaściwego przeprowadzenia procedury poprawy omyłek w ofercie odwołującego, skutkującego zmniejszeniem ceny ofertowej netto razem dla zadania II z kwoty 588.088,00 zł na kwotę 478.120,33 zł i zmniejszeniem ceny ofertowej brutto dla zadania II z kwoty 723.348,24 zł na kwotę 588.088,00 zł,

2. art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie zastosowania, co w konsekwencji doprowadziło do niewłaściwego zinterpretowania treści oferty i wprowadzenia poprawek wbrew intencjom odwołującego,

3. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez niezastosowanie, a w konsekwencji dokonanie w ofercie poprawek zmieniających treść oferty bez uzyskania na to zgody odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania II z dnia 09.09.2013r., unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu czynności z dnia 23 sierpnia 2013 r. w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania II i czynności poprawy oferty w zadaniu II z kwoty 588.088,00 zł netto na kwotę 478.120,33 zł netto i z kwoty 723.348,24 zł brutto na kwotę 588.088,00 zł brutto, a także zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

Odwołujący wyjaśnił, że oferta odwołującego została w dniu 23 sierpnia 2013r. wybrana w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejsza w świetle przyjętego kryterium, o wartości brutto oferty w zakresie zadania II: 723.348,24 zł. Pismem z dnia 2 września 2013r. zamawiający powiadomił odwołującego o poprawieniu omyłki rachunkowej w ofercie odwołującego, poprzez zmianę ceny ofertowej netto razem dla zadania II z kwoty 588.088,00 zł na kwotę 478.120,33 zł i zmniejszeniem ceny ofertowej brutto dla ww. zadania z kwoty 723.348,24 zł na kwotę 588.088,00 zł. Odwołujący został także zawiadomiony o unieważnieniu czynności w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania II oraz ponownej ocenie ofert.

Pismem z dnia 02.09.2013r. doręczonym w dniu 04.09.2013 r. odwołujący poinformował zamawiającego, że nie wyraża zgody na poprawienie omyłki, gdyż w ofercie w kolumnie 2 tabeli dotyczącej Zadania II w wierszu „cena ofertowa brutto za okres jednej doby w sezonie grzewczym...” omyłkowo podał wartość 1.387,00 zł, która jest wartością netto, a prawidłowa wartość, która winna widnieć w tym miejscu to: 1.706,01 zł.

Mimo to, zamawiający w dniu 10 września 2013r. zawiadomił odwołującego o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej w zakresie zadania II ze zmienioną ceną oferty na 588.088,00 zł brutto.

Odwołujący wskazał, iż ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż grozi mu poniesienie szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych – przez zawarcie umowy przewidującej wynagrodzenie o 135.260,24 zł niższe od proponowanego w ofercie, tj. poniżej kosztów wykonania usługi lub, w przypadku rezygnacji z zawarcia umowy - utrata wpłaconego wadium.

Odwołujący wyjaśnił, że wpisanie w ofercie niewłaściwej wartości 1.387,00 zł (kwota netto) zamiast 1.706,01 zł (kwota brutto) jest wynikiem omyłki i niedopatrzania odwołującego, nie zaś jego świadomą decyzją wykonawcy. Zamawiający, dokonując korekty oferty, winien nią objąć „cenę ofertową brutto za okres jednej doby w sezonie grzewczym, tj. w okresie od 16.10.2013r. do 15.05.2014r. i od 16.10.2014r. do 15.05.2015r.”, która omyłkowo została podana w kwocie netto - nie zaś cenę ofertową dla zadania II razem (netto i brutto), jak zostało to uczynione.

Zamawiający ustalił kryterium oceny ofert jako 100% cena, czym wskazał, że oceniał będzie całościową cenę wykonania usługi, a nie cenę za okres jednej doby. Temu zamawiający dał wyraz w zawiadomieniu z dnia 23 sierpnia 2013r. Fakt ten znajduje potwierdzenie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (pkt IV.2) - za cenę ofertową uważa się cenę brutto (zł) obejmującą wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz uwzględniającą cały zakres przedmiotu zamówienia. Stąd należy wnosić, że ewentualne modyfikacje, prostowanie omyłek w zakresie wartości cenowych winno się odbywać w oparciu i na podstawie całkowitej ceny ofertowej.

Odwołujący podkreślił, że ustalenie, która wartość została podana omyłkowo w ofercie, możliwe było przez proste podzielenie wartości z rubryki „cena ofertowa netto razem dla Zadania II” przez ilość jednostek dobowych, tj. przez 424. W wyniku tego działania uzyskuje się kwotę 1.387,00 zł. Z kolei przemnożenie kwoty 588.088,00 zł przez wartość podatku VAT daje kwotę 723.348,24 zł, a podzielenie kwoty 723.348,24 zł przez 424 zł daje kwotę 1.706,01 zł. Obliczenia takie powinny zasugerować zamawiającemu, że w wyniku przeoczenia wpisano wartość w rubryce „cena ofertowa brutto za okres jednej doby w sezonie grzewczym..”, a nie wartości w rubrykach, w zakresie których dokonano korekty.

W przypadku, gdy zamawiający powziął wątpliwość co do treści oferty, winien

zażądać wyjaśnień, zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 Pzp, nie zaś dokonywać samowolnej korekty, wbrew przepisom i wbrew woli odwołującego, niewłaściwie interpretując treść oferty. Dopiero udzielone przez odwołującego wyjaśnienia powinny stanowić podstawę do ingerencji zamawiającego w treść złożonej oferty.

Zamawiający - dokonując korekty w treści oferty, mógł zastosować tryb przewidziany w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż poprzez omyłkowe podanie przez odwołującego ceny netto w miejscu, gdzie winna zostać podana cena brutto za okres jednej doby w sezonie grzewczym, powstała niezgodność oferty z SIWZ.

Z ostrożności, niezależnie od kwestionowania samej zasadności poprawy całościowej ceny zadania II, odwołujący podniósł także, że zamawiający, powołując się na tryb przewidziany w art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, dokonał poprawienia ceny ofertowej netto i brutto na podstawie omyłkowo podanej w formularzu oferty ceny ofertowej za okres jednej doby w kwocie netto, a nie brutto. W konsekwencji to działanie doprowadziło do jednostronnej istotnej modyfikacji przez zamawiającego oświadczenia woli złożonego przez odwołującego niezgodnie z jego zamierzeniem. Tymczasem do takiego rodzaju korekty odwołujący powinien mieć możliwość ustosunkowania się, na co wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30.07.2010r., sygn. akt KIO/UZP 1528/10. W niniejszej sprawie korekta dokonana przez zamawiającego wpłynęła istotnie na treść oferty, stąd odwołujący winien mieć możliwość ustosunkowania się do niej.

Zamawiający pismem z dnia 23 września 2013 r. złożył odpowiedź na odwołanie, podnosząc, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający wyjaśnił, że w toku badania i oceny ofert stwierdził, że w ofercie odwołującego iloraz ceny ofertowej brutto za okres jednej doby w sezonie grzewczym i okresu świadczenia usługi (424 doby) nie odpowiada kwocie ceny oferty brutto razem. W tej sytuacji zamawiający uznał, że w złożonej ofercie na zadanie II zaistniała oczywista omyłka rachunkowa, która podlega poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Zamawiający przyjął, że treść oferty odwołującego nie budzi wątpliwości. Podstawowym elementem cenotwórczym do obliczenia ceny oferty jest cena jednostkowa brutto – co wynika z układu w tabeli w Formularzu ofertowym oraz z zapisu Rozdziału IV pkt 2 ppkt 3 siwz, wskazujących jakie kwoty należy w nim umieścić i w jaki sposób obliczyć. Wyjaśnił, że cena ofertowa brutto nie będzie wynagrodzeniem ryczałtowym lecz zostanie wykorzystana do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Będzie to wartość maksymalna wynikająca z podpisanej umowy. Zdaniem zamawiającego odwołujący prawidłowo skalkulował cenę jednostkową brutto, która zgodnie z treścią wzoru umowy będzie podstawą do okresowych (miesięcznych) rozliczeń z zamawiającym. Zamawiający sprawdzając ofertę dokonał obliczeń „od szczegółu do ogółu”, zgodnie

z kolejnością działań, na którą wskazano w formularzu ofertowym. Zamawiający dodał, że stwierdził w ofercie odwołującego, iż cena oferty brutto, obliczona w oparciu o podaną cenę jednostkową, jest niższa od ceny brutto wskazanej w ofercie. Zamawiający uznał, że jest to oczywista omyłka rachunkowa. Jest ona widoczna, bezsporna, niebudząca żadnych wątpliwości. Zdaniem zamawiającego podwyższenie ceny jednostkowej oferty stanowić będzie naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp i zmianę treści oferty, a tym samym naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Prowadziłoby to do zmiany treści oferty – podwyższenia ceny jednostkowej oraz zmiany treści umowy o wykonanie zamówienia. Ponadto zamawiający nie stwierdził w ofercie odwołującego żadnych rozbieżności pomiędzy treścią oferty, a treścią SIWZ. Zdaniem zamawiającego odwołujący obliczył cenę oferty zgodnie z wymogami formularza ofertowego. Wskazał nadto, że oba kompleksy w zadaniu II są bardzo zbliżone pod względem technicznym. Zamawiający uznał w konsekwencji, że odwołujący nie zachował należytej staranności na etapie opracowania oferty dla zadania II oraz nieuprawniony jest sprzeciw odwołującego wobec dokonanej przez zamawiającego poprawy treści oferty.

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

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący posiada legitymację materialno-prawną do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. W przypadku potwierdzenia się zarzutów i uwzględnienia odwołania oferta odwołującego podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący wykazał, że grozi mu poniesienie szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych – przez zawarcie umowy przewidującej wynagrodzenie o 135.260,24 zł niższe od przewidzianego w ofercie, tj. poniżej kosztów wykonania usługi lub, w przypadku rezygnacji przez odwołującego z zawarcia umowy - utrata wpłaconego wadium.

W kontekście zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt VIII ust. 1 zamawiający określił kryteria oceny ofert i ich znaczenie, wskazując jako jedyne kryterium w postępowaniu – cenę oferty brutto – z wagą 100%. Zamawiający podał, że oferta z najniższą ceną otrzyma 100 pkt.

W pkt V ust. 2 SIWZ zamawiający opisał sposób obliczenia ceny oferty. Cenę podaną w ofercie należało obliczyć uwzględniając zakres zamówienia określony w specyfikacji. Za cenę ofertową zamawiający uznał cenę brutto (zł) obejmującą wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz uwzględniającą cały zakres przedmiotu zamówienia. Oferowaną cenę należało podać w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ. Cenę oferty należało obliczyć na podstawie specyfikacji technicznej oraz warunków realizacji przedmiotu zamówienia.

W załączniku nr 3 do SIWZ (formularz ofertowy) zamawiający wymagał podania dla zadania II:

- ceny ofertowej brutto za okres jednej doby w sezonie grzewczym, tj. w okresie od 16.10.2013 r. do 15.05.2014 r. i od 16.10.2014 r. do 15.05.2014 r.;
- stawki VAT;
- ceny ofertowej netto razem dla zadania II;
- ceny ofertowej brutto razem dla zadania II;
- stawki VAT.

W formularzu ofertowym zamawiający wymagał także złożenia oświadczenia, że ceny brutto podane w formularzu zawierają wszystkie koszty wykonania zamówienia łącznie z wynagrodzeniem dla osób sprawujących nadzór nad osobami wykonującymi czynności eksploatacji kotłowni.

W § 6 wzoru umowy zamawiający określił wysokość wynagrodzenia wykonawcy, które zostanie obliczone w oparciu o faktyczną ilość dób wykonanej usługi, na podstawie protokołu odbioru wykonanej usługi, o którym mowa w § 5 ust. 11, według iloczynu ilości dób świadczonej usługi i stawki za jedną dobę.

Odwołujący podał w ofercie:

- w pozycji „cena ofertowa brutto za okres jednej doby w sezonie grzewczym, tj. w okresie od 16.10.2013 r. do 15.05.2014 r. i od 16.10.2014 r. do 15.05.2014 r.” – kwotę 1.387,00 zł;
- w pozycji „cena ofertowa netto razem dla zadania II” - kwotę w wysokości 588.088,00 zł;
- w pozycji „cena ofertowa brutto razem dla zadania II” – kwotę w wysokości 723 348,24 zł.

Odwołujący wskazał w ofercie prawidłową stawkę podatku VAT w wysokości 23 %.

W dniu 23 sierpnia 2013 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu II. W świetle przyjętego kryterium oceny ofert, wybrana została jako najkorzystniejsza – oferta złożona przez odwołującego z ceną w zakresie zadania II: 723.348,24 zł. Przed zawarciem umowy z wykonawcą zamawiający dokonał przeliczenia kwot podanych w ofercie i stwierdził, że cena oferty brutto nie stanowi iloczynu ceny

jednostkowej brutto podanej w ofercie i ilości dób w sezonie grzewczym (tj. 424 doby) w okresie objętym postępowaniem. Wobec powyższego zamawiający pomnożył cenę jednostkową brutto przez ilość dób w sezonie grzewczym i otrzymaną wartość: 588 088,00 zł przyjął w miejsce ceny ofertowej razem brutto, co stanowiło zmniejszenie ceny oferty z kwoty 723 348,24 zł na kwotę 588 088,00 zł. Zamawiający obliczył też cenę oferty razem netto jako kwotę 478 120,33 zł.

O dokonanej poprawie ceny oferty odwołującego zamawiający zawiadomił wykonawcę w dniu 2 września 2013 r. Zamawiający poinformował także odwołującego o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania II z dnia 23 sierpnia 2013 r. oraz o ponownej ocenie ofert.

Pismem z dnia 2 września 2013 r. odwołujący poinformował zamawiającego, iż nie wyraża zgody na zmianę ceny oferty oraz wyjaśnił, że podanie kwoty 1.387,00 zł jako ceny ofertowej brutto za jedną dobę w sezonie grzewczym nastąpiło na skutek omyłki – zamiast wartości brutto (1.706,01 zł) za dobę odwołujący podał wartość netto, tj. kwotę 1.387,00 zł.

Zamawiający nie uwzględnił złożonych przez odwołującego wyjaśnień i ponownie wybrał ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą z ceną dla zadania II obniżoną do kwoty: 588.088,00 zł.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje.

Ustalenie, która wartość w formularzu ofertowym została podana omyłkowo, możliwe jest przez podzielenie wartości z rubryki „cena ofertowa netto razem dla Zadania II” przez ilość jednostek dobowych dla zadania II, tj. przez 424. W wyniku tego działania uzyskuje się kwotę 1.387,00 zł. Dodanie do wartości „cena ofertowa netto razem dla Zadania II” należnego podatku VAT daje kwotę 723.348,24 zł, która stanowi cenę ofertową brutto podaną w ofercie odwołującego. Podzielenie z kolei tej kwoty przez ilość 424 doby, daje kwotę 1.706,01 zł, tj. cenę ofertową brutto za jedną dobę w sezonie grzewczym.

Obliczenia powyższe powinny zwrócić uwagę zamawiającego na to, że wartość w rubryce „cena ofertowa brutto za okres jednej doby w sezonie grzewczym” została wpisana omyłkowo. Na skutek dokonanego przeliczenia kwot podanych w formularzu ofertowym zamawiający powinien powziąć wątpliwość co do treści oferty w zakresie prawidłowości podanej kwoty 1.387,00 zł jako wartości brutto ceny ofertowej za jedną dobę w sezonie grzewczym. Z obliczeń tych wynika, że jest to cena jednostkowa netto, tj. cena niezgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w tej pozycji formularza ofertowego.

W tych okolicznościach zamawiający powinien poprosić wykonawcę o wyjaśnienie, zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie miał podstaw, bez złożenia przez wykonawcę wyjaśnień, do uznania, że zarówno cena oferty razem brutto jak i cena oferty

razem netto podane w ofercie są nieprawidłowe, chociaż są to kwoty prawidłowo skalkulowane z uwzględnieniem podatku VAT. Odnosząc podaną w ofercie wartość ceny jednostkowej za dobę do wartości brutto oferty zauważamy, że cena oferty nie stanowi iloczynu tej ceny jednostkowej i ilości dób. Cena jednostkowa podana w ofercie jest zgodna z ceną ofertową netto jako iloczynem tej ceny i ilości dób, co świadczy o tym, że jest to cena netto, a nie brutto. Zamawiający w przypadku ww. wątpliwości nie mógł dokonać poprawy treści oferty bez uzyskania wyjaśnień od wykonawcy. Dopiero na podstawie wyjaśnień zamawiający mógł poprawić treść oferty w zakresie wartości podanych w formularzu ofertowym. W powyższym zakresie Izba stwierdziła zatem naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 Pzp, który obliguje zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty w przypadku stwierdzenia wątpliwości w treści złożonej oferty.

Zamawiający - dokonując korekty w treści oferty, powinien zastosować tryb przewidziany w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Omyłkowe podanie w ofercie odwołującego ceny netto w miejscu, gdzie winna zostać podana cena brutto za okres jednej doby w sezonie grzewczym, spowodowało niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, tj. z wymaganiem podania w formularzu ofertowym ceny brutto za dobę w sezonie grzewczym.

W ocenie Izby, zamawiający nie miał podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp i na tej podstawie poprawienia ceny ofertowej razem (netto i brutto), w oparciu o cenę ofertową za okres jednej doby, uznając, że tylko ta cena wśród trzech cen podanych w formularzu ofertowym jest prawidłowa. Podstawą bowiem oceny ofert była cena ofertowa razem brutto, tj. cena całościowa za wykonanie całego przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że cena ofertowa razem brutto jest nieprawidłowa. Podkreślić należy, że w żadnym miejscu specyfikacji zamawiający nie określił, że cenę oferty należy obliczyć przyjmując określoną cenę za dobę oraz mnożąc tę cenę przez ilość dób w sezonie grzewczym w okresie objętym przedmiotem zamówienia. Zamawiający nie mógł zatem przyjąć takiego sposobu obliczenia ceny w celu wyeliminowania niezgodności w ofercie odwołującego. Jak wynika z treści SIWZ, należało obliczyć cenę oferty razem netto i cenę oferty razem brutto uwzględniając wszelkie koszty i cały zakres przedmiotu zamówienia, a zatem wysokość kwot podana w tych pozycjach w ofercie ma decydujące znaczenie dla treści oferty. Zamawiający wymagał także podania ceny jednostkowej za dobę, o czym świadczy odpowiednia pozycja w formularzu ofertowym, jednak cena ta nie miała istotnego znaczenia z punktu widzenia oceny ofert w ramach ustalonego kryterium, jak również nie stanowiła w świetle SIWZ podstawy do obliczenia ceny razem oferty. Jest to wartość wymagana w ofercie w celu dokonania rozliczenia wykonanych usług, zgodnie z zasadami określonymi w § 6 wzoru umowy, którą można obliczyć dzieląc cenę ofertową razem przez ilość jednostek dobowych.

Zamawiający nie mógł zatem przyjąć, że cena jednostkowa podana przez

odwołującego stanowi wymaganą cenę brutto za dobę, skoro stanowi ona dokładnie wynik podzielenia ceny oferty razem netto przez 424 jednostki, a zatem jest to wartość ceny jednostkowej netto. Zauważyć też należy, że w wyniku podzielenia ceny oferty brutto przez liczbę 424 (jednostek – dób) otrzymujemy kwotę 1706,01 zł, którą zamawiający powinien był przyjąć jako cenę brutto za dobę w sezonie grzewczym i w tym zakresie dokonać poprawy treści oferty, wpisując tę wartość w pozycji „cena ofertowa brutto za jedną dobę”. Na skutek takiej zmiany treść oferty staje się zgodna z wymaganiami SIWZ, a cena ofertowa razem netto jak i cena ofertowa razem brutto, istotna z punktu widzenia kryterium oceny ofert, nie ulegają zmianie, a zatem wykonana poprawa nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty.

Izba uznała wobec powyższego, że zamawiający nieprawidłowo zastosował w przedmiotowej sprawie tryb określony w art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, samodzielnie dokonując, bez wyjaśnień wykonawcy, zmiany treści oferty odwołującego w zakresie zaoferowanej ceny, w wyniku uznania, że w ofercie zaistniała oczywista omyłka rachunkowa. Podkreślić należy, że oczywista omyłka rachunkowa, jak to jest ugruntowane w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych, jest omyłką widoczną na pierwszy rzut oka, niebudzącą żadnych wątpliwości, którą można poprawić w sposób, który jest oczywisty, bez potrzeby wyjaśniania ze strony wykonawcy. Przypadku oczywistej omyłki rachunkowej nie ma potrzeby wyrażania zgody przez wykonawcę na dokonanie poprawy, bo konieczność jej dokonania jest oczywista. Ustawodawca nie przewidział w tym przypadku prawa wykonawcy do wyrażenia braku zgody na poprawę, ponieważ w przypadku oczywistej omyłki jest ona na tyle niebudząca wątpliwości, że wyrażanie zgody jest bezprzedmiotowe.

W niniejszej sprawie omyłka stwierdzona przez zamawiającego w obliczeniu ceny oferty netto i brutto nie mogła być uznana za oczywistą. Obie ww. wartości zostały podane prawidłowo, z uwzględnieniem podatku VAT. Zarówno na pierwszy rzut oka, jak na podstawie przeliczenia tych kwot nie można przyjąć, że kwoty te zostały w sposób błędny. W odniesieniu do tych wartości, wątpliwości dotyczą zaś jedynie wysokości ceny brutto za dobę, która jak wynika z obliczeń stanowi de facto cenę jednostkową netto, a nie brutto, jak wymagał zamawiający. Jak wskazał sam zamawiający na rozprawie, przy pierwszej ocenie ofert – nie zauważył omyłki w ofercie odwołującego w zakresie ceny oferty, ponieważ nie dokonywał przeliczenia cen podanych w ofercie. Dopiero po przeliczeniu ceny oferty stwierdził, że cena jednostkowa wymnożona przez ilość dób daje kwotę równą cenie netto oferty. Zamawiający przyjął zatem tę kwotę jako cenę oferty brutto.

Skoro zatem zamawiający nie zauważył oczywistej omyłki rachunkowej w trakcie pierwszego badania i oceny ofert, to należy przyjąć z pewnością, że nie była to omyłka oczywista, którą powinna być widoczna gołym okiem i zauważalna bez żadnego wysiłku. Sam zamawiający przyznał, że stwierdził omyłkę dopiero po dokonaniu przeliczeń cen podanych w ofercie. W przedmiotowej sprawie w ofercie odwołującego nie wystąpiła zatem

oczywista omyłka rachunkowa w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Przyjęty przez zamawiającego sposób poprawy nie wynika również z treści specyfikacji, gdyż zamawiający nie wymagał obliczenia ceny oferty brutto w sposób, którego użył przy poprawieniu treści oferty w zakresie ceny.

Izba stwierdziła wobec powyższego, że w ofercie odwołującego wystąpiła inna omyłka, polegająca na podaniu przez wykonawcę wartości netto w pozycji „cena oferty brutto za dobę”, w którym należało podać wartość brutto. Omyłka spowodowała zatem niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, którą zamawiający może poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp na podstawie danych zawartych w ofercie, tj. w oparciu o cenę razem brutto oferty oraz cenę razem netto oferty w odniesieniu do ilości jednostek rozliczeniowych. Jak już wskazano powyżej, poprawa treści oferty w powyższym zakresie nie spowoduje istotnej zmiany w treści oferty.

Badając wpływ stwierdzonego naruszenia przepisów art. 87 ust. 1 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp, na wynik postępowania, Izba uznała, że skoro wykonawca ma możliwość niewyrażenia zgody na dokonanie poprawy treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co wynika z brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, to tym samym należy stwierdzić, że naruszenie ww. przepisów może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ nie można wykluczyć sytuacji, gdy mogłoby dojść do zmiany wyniku postępowania. W ten sposób wypełniła się przesłanka, o której mowa w art. 192 ust. 2 Pzp, skutkująca uwzględnieniem odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 ust 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 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:**

.....