

Sygn. akt: KIO 1818/16

WYROK

z dnia 11 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2016 r. przez **Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Ośrodek Sportu i Rekreacji m.st. Warszawy w Dzielnicy Wawer,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, poprawienie – na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – opisu pozycji 10 kosztorysu ofertowego Odwołującego oraz powtórzenie czynności oceny ofert;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. Kosztami postępowania obciąża Ośrodek Sportu i Rekreacji m.st. Warszawy w Dzielnicy Wawer i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od Ośrodka Sportu i Rekreacji m.st. Warszawy w Dzielnicy Wawer na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. 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**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Ośrodek Sportu i Rekreacji m.st. Warszawy w Dzielnicy Wawer – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Modernizację nawierzchni boiska sportowego przy ul. Starego Doktora 1 – wymiana nawierzchni z trawy syntetycznej.*

W dniu 28 września 2016 r. wykonawca Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty uwagi, że opis poz. 10 kosztorysu ofertowego nie odpowiada opisowi bramek, których dostarczenia wymaga Zamawiający. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1, art. 82 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający na wcześniejszym etapie postępowania uznał błąd w formularzu Odwołującego za oczywistą omyłkę pisarską, zaś następnie – w sposób nieznanym ustawie – powtórzył czynność wyboru ofert i „anulował” sprostowanie oferty, następnie ją odrzucając. Wskazał, że przetarg na wykonanie remontu nawierzchni boiska sportowego położonego przy ul. Starego Doktora 1 w Warszawie odbył się po raz trzeci z uwagi na fakt, że dwa pierwsze przetargi nie doszły do skutku z uwagi na brak wyłonienia najlepszej oferty (przekroczenie zakładanego przez Zamawiającego budżetu). W przypadku pierwszego przetargu Zamawiający wpisał w polu numer 10 formularza ofertowego: *Montaż bramek systemowych z wypełnieniem z siatki zgrzewanej na słupkach ocynkowanych ogniowo powlekanych proszkowo, wyposażony w zawiasy systemowe, zamek bębnowy, klamki w polu odnoszącym się do bramki piłkarskiej.* Zatem sam dysponent przetargu po raz pierwszy przygotowując dokumentację, popełnił omyłkę wpisując w formularzu zamiast bramki piłkarskiej bramkę ogrodzeniową. Zdaniem Odwołującego całkowicie sprzeczną z zasadą praworządności i równego traktowania wykonawców jest sytuacja, w której Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy z powodu takiej samej oczywistej omyłki pisarskiej. Zamawiający, zamiast badać warstwę merytoryczną oferty, jako spójnej całości zaoferowanego świadczenia, dokonał odrzucenia oferty, poprzedzonego czynnością anulowania czynności sprostowania, co stanowiło czynności nieznaną ustawie, ale przede wszystkim stojące w sprzeczności z orzecznictwem Izby mówiącym jednoznacznie, że błędy w ofercie mogą być sprostowanie o ile nie zmieniają jej w sposób istotny.

Odwołujący podniósł, że zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, a warunkiem poprawienia omyłek pisarskich i rachunkowych jest ich

oczywistość, co miało miejsce w omawianym przypadku. Wykonawca uzupełniając formularz ofertowy dokonał niezamierzonej oraz nieistotnej dla całości oferty zmiany treści pola 10. Zmiana ta powstała przez niedopatrzenie, oczywistym jest przecież, że dokonując kalkulacji oferty wykonania nawierzchni boiska, Odwołujący nie zaproponowałby w miejsce bramek – siatki ogrodzeniowej. Co więcej, z treści oferty, której forma opierała się w całości na formularzu przedstawionym przez Zamawiającego, można w sposób niebudzący wątpliwości wywnioskować, że pole nr 10 w ofercie Odwołującego odpowiada temu samemu polu nr 10 w formularzu ofertowym, a różnica polega na omyłkowym wypełnieniu go innym tekstem, aniżeli wskazany we wzorcu formularza ofertowego. Omyłkowo bowiem osoba sporządzająca ofertę wpisała w formularzu informację o bramkach (ogrodzeniowych), zamiast informacji o bramkach do piłki nożnej. Nie świadczy to jednakże o niedającej się usunąć wadliwości oferty, zaś sprostowanie przez Zamawiającego „z urzędu” tej omyłki nie spowodowało istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący zwrócił uwagę, że ustawa nie zawiera żadnego ograniczenia co do zakresu poprawianych omyłek, szczególnie rachunkowych. Prawo zamówień publicznych nie definiuje omyłki pisarskiej ani omyłki rachunkowej. Takiej definicji nie zawierają też przepisy innych ustaw, w których występują pojęcia błędu pisarskiego i błędu rachunkowego, jak np. KPC lub KPA. Na podstawie orzecznictwa wypracowanego w czasie stosowania tych ustaw można jednak określić, że błąd pisarski to niewłaściwe użycie wyrazu, nieprzestrzeganie zasad gramatycznych, opuszczenie wyrazów lub liter, gdy okoliczność ta wynika z treści zdania. Błąd rachunkowy to z kolei niewłaściwe przeprowadzenie działań matematycznych, sprzeciwiające się zasadom matematycznym. Zamawiający w treści zawiadomienia z 19 września 2016 r. dokonał sprostowania formularza ofertowego Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, między innymi w zakresie opisu przedmiotu. Ponadto, dokonano zmian w poz. Nr 6 („ilość”) oraz w polu Nr 10 dwóch zmian: opisu bramki oraz ilości (początkowo Odwołujący wpisał liczbę „2”, którą Zamawiający zmienił na „1”). Jednakże następnie, w dniu 23 września 2016 r., Zamawiający z niezrozumiałych przyczyn anulował sprostowanie jedynie w zakresie pola nr 10, tj. opisu bramek, mimo wcześniejszego przekonania (i podtrzymywania stanowiska), że tak zaprezentowany opis jest oczywistą omyłką pisarską. Odwołujący przedstawił ofertę na formularzu ofertowym, zawierającym z góry zdefiniowane poszczególne pola, których treść nie budziła wątpliwości zarówno dla Wykonawcy, jak i dla Zamawiającego, ten ostatni bowiem słusznie założył, że nastąpiła omyłka pisarska, skoro we wzorcu formularza w polu „opis” widnieje opis bramki piłkarskiej, natomiast Wykonawca w sposób niezamierzony zmienił treść tego pola i wpisał bramkę ogrodzeniową. Zaprezentowane następnie przez Zamawiającego stanowisko, że uzupełnienie pola w taki sposób było zamierzone – a nie tylko stanowiło oczywistą omyłkę –

stoi w całkowitej sprzeczności z zasadami logicznego rozumowania. Zamawiający od samego początku zdawał sobie sprawę, że ma do czynienia z oczywistą omyłką pisarską. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp może w szczególności podlegać także błędny opis pozycji kosztorysu, a celem przywołanego wyżej przepisu jest umożliwienie poprawiania błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego.

Odwołujący podkreślił, że popełniona przez niego omyłka nie miała wpływu na warstwę merytoryczną oferty, gdyż Zamawiający – dokonując wcześniejszego sprostowania – nie miał wątpliwości co do tego, z jakim elementem pozycji kosztorysu miał do czynienia, tj. bramką piłkarską a nie bramką, jako elementem ogrodzenia z siatki metalowej. Oceny oczywistości omyłki dokonywać należy z uwzględnieniem okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Zakładając, że po stronie Zamawiającego istnieją wątpliwości odnośnie oczywistości omyłki, która to kwestia pozostaje kwestią ocenną, Zamawiający winien dokonać sprostowania na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Błędne jest przy tym – zdaniem Odwołującego – rozumowanie, że w tymże trybie prostowane mogą być tylko omyłki, które dotyczą niezgodności oferty z SIWZ. Uzasadnione jest przyjęcie, że skoro ustawodawca dopuścił możliwość sprostowania omyłki, która powoduje niezgodność z SIWZ to tym bardziej uzasadnione jest dokonanie sprostowania w zakresie, który nie jest niezgodny z warunkami przetargu (a maiori ad minus).

Odwołujący podniósł, że od początku postępowania oferował roboty budowlane w zakresie wymiany i remontu nawierzchni boiska piłkarskiego ze sztucznej trawy. Elementami istotnymi dla takiej inwestycji był demontaż istniejącej trawy, oczyszczenie podłoża pod nową sztuczną trawę i następnie położenie nowej nawierzchni i na końcu – montaż bramek, przy czym bramki wskazane w poz. 10 kosztorysu opiewają na wartość 3.820,87 zł, przy całkowitej wartości oferty wynoszącej kwotę 566.125,687, a zatem ich wartość stanowi 0,67 % wartości przedmiotu zamówienia. W związku z tym uściślenie, czy też wyjaśnienie i sprostowanie oznaczenia bramek nie stanowiło istotnej zmiany oferty. Bramka piłkarska jest przy tym jednym z wielu elementów infrastruktury płyty boiska, jednakże nie jest to element istotny dla realizacji całej, skomplikowanej inwestycji. Za istotne zmiany należy natomiast uznać zwłaszcza te, które zmuszałyby do modyfikacji elementów przedmiotowo istotnych danego kontraktu (*essentialia negotii*), co nie miałoby miejsca w omawianym przypadku. sprostowanie to miało za zadanie jedynie uzupełnienia pola 10 kosztorysu ofertowego zgodnie ze wzorem kosztorysu formularza, bez jakiegokolwiek korekty wartości tej pozycji. Powtórzenie czynności i odrzucenie oferty Wykonawcy było zatem spowodowane praktycznie nieistotną niezgodnością oferty z SIWZ, która powinna być z mocy prawa sprostowana przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi postanowieniami SIWZ. Jednakże nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zawsze będzie podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności niemających istotnego charakteru

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie uznając za zasadne czynności sprostowania, dokonując powtórzenia oceny ofert, powinien wezwać do wyjaśnienia treści oferty w zakresie poz. 10 kosztorysu, w oparciu o normę art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający zaniechawszy tej procedury, praktycznie pozbawił Odwołującego możliwości wyjaśnienia rozbieżności w zakresie brzmienia pozycji kosztorysu. Wykonawca nie ma wątpliwości, że umożliwienie złożenia wyjaśnień w tym zakresie posłużyłoby bardziej wszechstronnemu i obiektywnemu rozważaniu oferty. Brak żądania przedstawienia wyjaśnień miał istotne i bezpośrednie znaczenie dla dokonania oceny oferty Odwołującego i w konsekwencji do błędnego uznania, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ i jako taka podlegała odrzuceniu.

Zdaniem Odwołującego, konsekwencją powyższych naruszeń jest również naruszenie przepisu art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez błędne uznanie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Przepis ten wyraża w sobie normę o charakterze bezwzględnie obowiązującym (*ius cogentis*). W treści powyższego przepisu istotne znaczenia ma element jej hipotezy w postaci zwrotu "musi odpowiadać", co należy odczytywać, że pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ istnieć powinna tożsamość merytoryczna – funkcjonalna odnosząca się do istotnych składników przyszłego zobowiązania, a więc nie tożsamość formalna (słowna, pojęciowa). Zakres i sposób realizacji świadczenia musi być zgodny z zakresem i sposobem dookreślonym przez Zamawiającego w treści SIWZ – przy czym nieusuwalnym brakiem oferty skutkującym jej odrzuceniem jest sprzeczność oferty z SIWZ co do jej istotnych elementów.

Zdaniem Odwołującego, odrzucenie jego oferty w świetle całokształtu okoliczności sprawy nie może ostać się. Czynność zamawiającego jest tym bardziej niezgodna z prawem, gdyż ewentualna niezgodność oferty z SIWZ (czemu Odwołujący zaprzecza) nie miała wpływu na zasadniczą treść oferty. Zamawiający dokonał powtórzenia czynności w sposób nieznanym ustawie, gdyż przepisy art. 91 i następnym ustawy Pzp przewidują możliwość

powtórzenia tylko niektórych czynności Zamawiającego, w ściśle określonych sytuacjach. Zamawiający dokonał czynności nieznaną ustawie – naruszając tym samym naczelną zasadę postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wynikającą z normy art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający jest uprawniony do powtórzenia z własnej inicjatywy czynności, jeśli czynność taka została dokonana z naruszeniem prawa, to jest w sytuacjach przewidzianych w art. 91 i nast., czy art. 181 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez J.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „KORTBUD”, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, poprawienia oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem sprostowanej oferty Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Niniejsze postępowanie przetargowe jest trzecim postępowaniem na udzielenie zamówienia pn. *Modernizację nawierzchni boiska sportowego przy ul. Starego Doktora 1 – wymiana nawierzchni z trawy syntetycznej*, przy czym dwa pierwsze przetargi zostały przez Zamawiającego unieważnione (okoliczności bezsporne).

W kosztorysie inwestorskim w poz. 10 Zamawiający zamieścił następujący opis: *Montaż bramek do piłki nożnej o wymiarach 5,00m na 2,00m, aluminiowych (wzmocnionych ożebrowaniem), owalnych, w komplecie tuleje i haczyki P.P. Dwie bramki (bez siatek) z tulejami i haczykami P.P. stanowią jeden komplet. Zamawiający żądał jednego kompletu.* Odwołujący przedstawił wraz z ofertą kosztorys, w którym w poz. 10 zamieścił opis: *Montaż bramek systemowych z wypełnieniem z siatki zgrzewanej na słupkach ocynkowanych ogniowo powlekanych proszkowo, wyposażony w zawiasy systemowe, zamek bębnowy, klamki* (powyższy opis poz. 10 kosztorysu odpowiadał opisowi przedstawionemu przez Zamawiającego w kosztorysie inwestorskim w pierwszym z przetargów – okoliczność bezsporna). W rubryce ilość Odwołujący wpisał „2”, cenę jednostkową brutto określił na 1.910,44 zł, a wartość tej pozycji kosztorysu na 3.820,87 zł. W punkcie 4 formularza ofertowego Odwołujący podał, że udziela gwarancji 60 miesięcy na wykonane roboty budowlane, wykonane nawierzchnie boiska piłkarskiego i boisk towarzyszących, dostarczone bramki piłkarskie.

Pismem z 19 września 2016 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o poprawieniu omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp m.in. w poz. 10 kosztorysu, poprzez

wpisanie prawidłowego opisu pozycji, ponadto w kolumnie ilość wpisano 1 (Zamawiający wymagał jednego kompletu, tj. dwóch bramek). Dodatkowo Zamawiający poprawił omyłki rachunkowe, w wyniku wartość pozycji 10 określona została na 1.910,44 zł, a cena oferty po poprawieniu wyniosła 564.227,00 zł. Pismem z 20 września 2016 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego, że wyraża zgodę na poprawienie omyłek w kosztorysie ofertowym na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Pismem z 23 września 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że otrzymał pismo od innego wykonawcy o nieprawidłowościach w ofercie Odwołującego i analizując powtórnie ofertę zapoznał się m.in. ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych oraz orzecznictwem KIO. Zamawiający stwierdził, że poprawienie opisu poz. 10 kosztorysu doprowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty w zakresie oferowanych bramek, a charakter zmiany opisu nie mieści się w dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z uwagi na powyższe Zamawiający anulował czynność poprawienia tej omyłki i odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodną z SIWZ.

Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba postanowiła nie dopuścić do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego pana J.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KORTBUD Janusz Gniado z uwagi na zgłoszenie przystąpienia po upływie terminu określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Ww. wykonawca otrzymał od Zamawiającego kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 29 września 2016 r. (okoliczność bezsporna), zatem 3-dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął w dniu 3 października 2016 r. (2 października był dniem ustawowo wolnym od pracy). Zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 5 października 2016 r., a więc po upływie terminu określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wstępie należy zauważyć, że Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przedstawił niekonsekwentny wywód dotyczący charakteru omyłki w poz. 10 kosztorysu ofertowego. Z jednej strony Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 i wniósł o poprawienie omyłki na tej podstawie prawnej, z drugiej strony w znacznej części uzasadnienia przedstawił wywody dotyczące oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych, które mają odmienny charakter, niż omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

i inne są przesłanki ich poprawienia. Co więcej, Odwołujący zaprzeczył w uzasadnieniu odwołania, jakoby w jego ofercie wystąpiła niezgodność z treścią SIWZ, choć z innego fragmentu odwołania wynika, że zaistniała niezgodność z treścią SIWZ nadaje się do poprawienia. Niezależnie jednak od merytorycznych błędów w uzasadnieniu odwołania Izba zobowiązana była ocenić zasadność czynności polegającej na unieważnieniu poprawienia omyłek i odrzucenia oferty Odwołującego, jako że pod względem formalnym zarzuty takie zostały prawidłowo w odwołaniu sformułowane.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, który zobowiązuje zamawiającego do poprawienia w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Po pierwsze stwierdzić należy, że wbrew twierdzeniom Odwołującego zamieszczenie w kosztorysie ofertowym błędnego opisu pozycji kosztorysowej (opisu odnoszącego się do innego elementu przedmiotu zamówienia, niż wymagany przez Zamawiającego) jest niewątpliwie niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ. Fakt wystąpienia takiej niezgodności nie powoduje jednak, że poprawienie oferty jest niemożliwe, przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wprost bowiem odnosi się do omyłek polegających właśnie na niezgodności treści oferty z SIWZ, zezwalając na ich poprawienie pod warunkami określonymi w tym przepisie, tj. pod warunkiem, że niezgodność ta jest wynikiem omyłki oraz że nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

Odnosząc się do pierwszego z ww. warunków należy stwierdzić, że Zamawiający miał podstawy uznać, że zaistniała w ofercie Odwołującego niezgodność z SIWZ była wynikiem omyłki, nie sposób bowiem zakładać, że racjonalnie działający wykonawca, chcący uzyskać przedmiotowe zamówienie, składa ofertę z zamiarem dostarczenia Zamawiającemu bramek ogrodzeniowych zamiast wymaganych bramek piłkarskich. Dodatkowo o popełnieniu niezamierzonego błędu w ofercie może świadczyć fakt, że opis dotyczący bramek ogrodzeniowych pojawił się w kosztorysie inwestorskim w pierwszym z przetargów. Niezależnie od tego, czy było to – jak twierdził Zamawiający podczas rozprawy – świadome działanie, czy też omyłka Zamawiającego, istnienie wcześniejszego kosztorysu, na podstawie którego Odwołujący uprzednio sporządził ofertę, mogło spowodować przeoczenie polegające na przygotowaniu aktualnego kosztorysu ofertowego w oparciu o kosztorys inwestorski sprzed zmian. Co więcej, o tym, że wykonawca miał zamiar zaoferować dostawę

bramek piłkarskich może świadczyć fakt, że w formularzu ofertowym złożył oświadczenie o objęciu tychże bramek gwarancją. Nielogiczne byłoby więc twierdzenie, że wykonawca z premedytacją oferuje dostawę bramek ogrodzeniowych, a jednocześnie oświadcza, że obejmie gwarancją dostarczone bramki piłkarskie. Zauważyć również należy, że po poprawieniu spornej omyłki Odwołujący wyraził pisemną zgodę na jej poprawienie, co powinno Zamawiającego utwierdzić w przekonaniu, że błędny opis pozycji kosztorysowej nie wynikał z zamiaru wykonawcy, ale był skutkiem niezamierzonego błędu (omyłki). Zamawiający zresztą nie kwestionował w uzasadnieniu odrzucenia oferty omyłkowego charakteru tej niezgodności, a skupił się jedynie na kwestii istotności zmian w treści oferty.

W odniesieniu do drugiej z przesłanek warunkujących możliwość poprawienia omyłki (niepowodowanie istotnych zmian w treści oferty), kwestię tę należy analizować z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy oraz celu przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, którym jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert w przeważającym zakresie poprawnych, na skutek zaistnienia niezamierzonych niezgodności, które nie mają zasadniczego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego, że poprawienie błędnego opisu pozycji kosztorysowej z zasady stanowi istotną zmianę treści oferty. Jest to jeden z rodzajów omyłek najczęściej pojawiających się w ofertach i w każdym przypadku powinien być oceniany przez odniesienie skali zmian do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego zakresu i wartości. Gdyby przyjąć – jak twierdził Zamawiający – że taka niezgodność ze swej istoty nie podlega poprawieniu, to podważałoby to *ratio legis* przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby poprawienie opisu pozycji 10 kosztorysu ofertowego nie spowoduje istotnych zmian treści oferty Odwołującego. Przedmiotem zamówienia jest wymiana nawierzchni z trawy syntetycznej. Głównymi elementami przedmiotu zamówienia są: demontaż istniejącej nawierzchni, przygotowanie podłoża i położenie nowej nawierzchni, natomiast dostarczenie bramek piłkarskich w porównaniu do wskazanego zakresu robót należy uznać za element dodatkowy. Świadczy o tym również porównanie wartości dostawy bramek do wartości całego kosztorysu – po poprawieniu omyłki rachunkowej wartość ta stanowi zaledwie 0,34 % ceny oferty. Wobec powyższego nieuprawnione – w ocenie Izby – jest twierdzenie, że poprawienie omyłki prowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Zamawiający, anulując poprawienie omyłki w treści oferty Odwołującego i odrzucając jego ofertę, naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie było natomiast właściwe zarzucenie Zamawiającemu przez Odwołującego naruszenia art. 83 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że

treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający odrzucając ofertę, która po poprawieniu omyłek byłaby zgodna z SIWZ, narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie, nie zaś art. 83 ust. 2 ustawy Pzp.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę okoliczności sprawy, Zamawiający nie miał obowiązku wystąpić o wyjaśnienia, dysponował bowiem wystarczającą wiedzą pozwalającą właściwie ocenić charakter niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Nie sposób twierdzić, że w okolicznościach tej sprawy istniał po stronie Zamawiającego prawny obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśnienia treści oferty. Zauważyć należy, że Zamawiający nie miał podstaw mieć wątpliwości, że stwierdzona niezgodność ma charakter omyłki, co wykazano we wcześniejszej części uzasadnienia. Natomiast kwestia istotności zmiany treści oferty podlegała ocenie Zamawiającego, a treść ewentualnych wyjaśnień wykonawcy nie miałyby na tę ocenę wpływu.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez anulowanie poprawienia omyłek. Przepis ten stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W niniejszej sprawie zamówienie nie zostało udzielone, nie wiadomo zatem w jaki sposób Zamawiający miałby przywołany wyżej przepis naruszyć. Niezależnie od powyższego należy stwierdzić, że fakt anulowania przez Zamawiającego wcześniej dokonanej czynności nie stanowi sam w sobie działania niezgodnego z ustawą. Nie sposób odmówić Zamawiającemu możliwości poprawienia dokonanych przez siebie czynności, w sytuacji, gdy dojdzie do przekonania, że czynności te były niezasadne. Zakaz taki nie wynika z żadnego przepisu ustawy, byłby również nie do pogodzenia zasadami racjonalnego działania. Nowa (poprawiona) czynność podlega oczywiście merytorycznej ocenie, nie jest jednak formalnie niezgodna z przepisami ustawy.

Wobec ustalenia, że Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w stopniu mającym wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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: