

WYROK

z dnia 30 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez bezpieczne.it spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie od czynności Zamawiającego Biura Logistyki Służby Kontrwywiadu Wojskowego w Warszawie przy udziale wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego IT Systems and Solutions spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Biuro Logistyki Służby Kontrwywiadu Wojskowego w Warszawie i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 7.500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez Odwołującego - bezpieczne.it spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 11.100 zł 00 gr (słownie: jedenastu tysięcy stu złotych zero groszy) przez Zamawiającego Biuro Logistyki Służby Kontrwywiadu Wojskowego w Warszawie, na rzecz Odwołującego bezpieczne.it spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759) 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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę oprogramowania - CPV: 48781000-6, 48219200-8” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, wynosi 325.357,15 zł, co stanowi 69.467,61 EURO.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 174965 w dniu 2 lipca 2010r.

Pismem z dnia 16 lipca 2010r., które doręczono Odwołującemu w tej samej dacie zamawiający powiadomił Odwołującego o wynikach oceny ofert, w tym o odrzuceniu jego oferty. W dniu 20 lipca 2010r. Odwołujący wniósł odwołanie, przekazując jednocześnie jego kopię Zamawiającemu, od czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu, polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że powyższa czynność została dokonana bezpodstawnie, na skutek błędnej wykładni i niewłaściwego zastosowania (względnie zaniechania zastosowania) art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3), art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6) oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W oparciu o powyższy zarzut, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, że odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego oraz dokonanie wyboru oferty IT Systems and Solutions Sp. z o.o. w ramach zadania ofertowego nr 2 rażąco narusza przywołane przepisy i świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców. Zdaniem Odwołującego, składając ofertę w ramach zadania ofertowego nr 2 wypełniono odpowiednią tabelę kalkulacji ceny, przy czym tabela jest częścią formularza ofertowego ustanowionego przez Zamawiającego (załącznik nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia). Podano, że w tabeli kalkulacji ceny (zadanie ofertowe nr 2) omyłkowo wpisano w wierszu nr 3 i nr 4 łączną cenę brutto dla 18 szt. licencji także w kolumnie, gdzie należało podać cenę jednostkową brutto. Zamawiający odmówił poprawienia tej omyłki tłumacząc, że wynik dzielenia kwot sumarycznych z pozycji nr 3 i nr 4 przez ilość licencji (tj. 18 szt.) daje

odpowiednio: dla poz. 3 cenę jednostkową 7.989,33333(3) zł, dla poz. 4 cenę jednostkową 2.261,88888(8) zł, co Jego zdaniem prowadziło do ustalenia nowej ceny jednostkowej.

Zdaniem Odwołującego, wartość wpisana w kolumnie przeznaczonej dla ceny jednostkowej brutto stanowiła kwotę łączną za 18 licencji na oprogramowanie z pozycji 3 i 4 formularza. Świadczy o tym wartość brutto całego zadania ofertowego nr 2, co było oczywistym, zdaniem Odwołującego także dla samego Zamawiającego, a wynika z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Odwołujący podał, że Jego błąd polegał na zaniechaniu podania ceny jednostkowej brutto, która jednak da się wyliczyć z wykorzystaniem danych zawartych w ofercie.

Podniósł Odwołujący, że niemal analogiczny stan faktyczny był przedmiotem oceny Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygnaturze KIO/UZP 1637/09 zakończonej wyrokiem z dnia 29 grudnia 2009 r. uwzględniającym odwołanie wykonawcy, kiedy to Izba wywiodła: *„Niewątpliwie stwierdzić należy, iż oferta Odwołującego w zakresie braku wypełnienia kolumny „Stawka [PLN]” w poszczególnych pozycjach „Rozbicia Ceny Ofertowej” nie odpowiada treści SIWZ, gdyż Odwołujący w żadnej z pozycji „Rozbicia Ceny Ofertowej” nie wypełnił kolumny „Stawka [PLN]”. W ocenie Izby błędy popełnione przez Odwołującego, a polegające na nienależytym wypełnieniu kolumny „Stawka [PLN]” są omyłkami podlegającymi poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.”* Odwołujący podał, że dokonując powyższego ustalenia Izba podniosła, że usunięcie stwierdzonej niezgodności z wymaganiami SIWZ należało do obowiązków zamawiającego i polegało na wykonaniu prostych działań matematycznych prowadzących do „odtworzenia” zaokrąglonych do dwóch miejsc po przecinku cen jednostkowych. Uzyskując w wyniku tych operacji konkretne wartości cen jednostkowych Izba dokonała ich przemnożenia z ilością danego asortymentu korygując nieznacznie łączną wartość brutto (odstępstwo było związane z zaokrągleniami). Izba stanęła bowiem na następującym stanowisku: *„Biorąc pod uwagę fakt, iż z okoliczności przedmiotowego postępowania jednoznacznie wynika zamiar złożenia przez Odwołującego oferty zgodnej z wymogami Zamawiającego, a także okoliczność, iż dokonana zmiana nie spowoduje istotnej zmiany w treści oferty Odwołującego, a Zamawiający posiada dane do dokonania poprawy „Rozbicia Ceny Ofertowej” w kolumnie „Stawka [PLN]”, w związku z czym samodzielnie będzie mógł dokonać wypełnienia niewypełnionej kolumny, Izba uznała, że powyższe uchybienie stanowi omyłkę polegającą na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie powodującą istotnej zmiany w treści oferty i powinna zostać przez Zamawiającego poprawiona zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.”*

Stosując się do ww. „instrukcji”, według Odwołującego, Zamawiający w toku badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu powinien był dokonać poprawienia omyłki w treści oferty Odwołującego. Korektę należało przeprowadzić poprzez podzielenie wartości

brutto pozycji 3 i 4 (odpowiednio 143 808 zł i 40 714 zł) przez liczbę licencji (18). Uzyskane wyniki po zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku wynoszą 7.989, 33 zł i 2.261, 89 zł - są to wartości cen jednostkowych brutto za oprogramowanie z poz. 3 formularza cenowego [VMware vSphere 4 Enterprise for 1 processor (Max 6 cores per processor)] i poz. 4 [Basic Support/Subscription for VMware vSphere Enterprise for 1 processor for 1 year]. Następnie, wobec różnic pomiędzy sumą cen jednostkowych brutto, a ich wartością w kolumnie 7 należało pomnożyć te ceny przez liczbę licencji (18), co dało by efekty w postaci prawidłowej wartości brutto w pozycjach 3 i 4, tj. 143.807, 95 zł i 40.714, 02 zł. Podał Odwołujący, że po wykonaniu tych operacji okazuje się, że oferta bardzo nieznacznie, wręcz śladowo różniłaby się od tego co zostało w niej literalnie zapisane. Zatem, zdaniem Odwołującego, doprowadzenie oferty do stanu zgodności z SIWZ wymaga minimalnej ingerencji w jej treści (różnica w cenie wynosi 0, 03 zł), toteż niewątpliwie jest dopuszczalne (obowiązkowe) na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy. Nawiązał Odwołujący do wspomnianego orzeczenia i zacytował następujący jego fragment: *Zamawiający poprawiając błędy w ofercie Odwołującego **niewątpliwie może ingerować w cenę oferty, o ile ta ingerencja nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.** To bowiem istotność wprowadzanej zmiany stanowi przesłanką zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jednocześnie podnieść należy, że uzasadnieniem dla wprowadzenia powyższego przepisu było wyeliminowanie sytuacji odrzucania ofert z powodu drobnych uchybień, w tym takich, których wartość jest wręcz marginalna w stosunku do wartości całej oferty.* Powyższe, zdaniem Odwołującego, wskazuje że odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy i stało się efektem niezastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych. Podał Odwołujący, że niewłaściwie wpisane do formularza ofertowego wartości „Cen jednostkowych brutto” były wyłącznie wynikiem omyłki, niedopatrzenia Odwołującego, a nie jego świadomą decyzją.

Podał Odwołujący, że powyższą argumentację z ostrożności trzeba dodatkowo uzupełnić o stwierdzenie, że niewielki błąd ujawniony w ofercie Odwołującego można także skorygować dochodząc do identycznych rezultatów z wykorzystaniem art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy, zgodnie z którym zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe **z uwzględnieniem** konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Nie budziło wątpliwości Zamawiającego, że Odwołujący praktycznie pominął pozycję „Cena jedn. brutto” w formularzu cenowym ograniczając się do podania wartości łącznej. Omyłką rachunkową w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy jest błąd popełniony przez wykonawcę przy obliczaniu ceny, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego. Podał Odwołujący, że w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej *„omyłka może być uznana za oczywistą, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka, bezsporna, nie budząca wątpliwości. Zaś „omyłka rachunkowa” to omyłka w obliczaniu ceny, czyli*

omyłka w przeprowadzeniu rachunków na liczbach. W konsekwencji omyłka rachunkowa w obliczaniu ceny oznacza omyłkę rachunkową, która dotyczy obliczenia ceny, przy czym zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp musi mieć ona charakter oczywisty widoczny na pierwszy rzut oka" (wyrok KIO/UZP 30/10).

Argumentuje dalej Odwołujący, że korekta oferty Odwołującego, konieczna ze względu na brak podania w niej ceny jednostkowej, może nastąpić poprzez przeprowadzenie dwóch operacji rachunkowych - najpierw dzielenia, a następnie mnożenia - za każdy razem stosując się do postawionego w SIWZ wymagania, aby na każdym etapie wyliczeń zaokrąślać cenę do dwóch miejsc po przecinku (rozdział XVI pkt 2 SIWZ). Trzeba bowiem podkreślić, że w art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy wyraźnie zaznaczono, że obowiązkiem Zamawiającego jest poprawienie błędów rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Taką właśnie konsekwencją rachunkową dokonanej poprawki w cenie jednostkowej brutto jest ponowne wyliczenie wartości brutto pozycji 3 i 4 kalkulacji ceny - do wyniku 143 807, 95 zł i 40 714, 02 zł, a następnie drobna zmiana łącznej wartości brutto oferty (z kwoty 202 320 zł do kwoty 202 319,97 zł).

Wskazano końcowo, że przepisy art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3) ustawy nie są wobec siebie konkurencyjne. Oznacza to, że mogą być stosowane jednocześnie i uzupełniać się nawzajem. Celem nadrzędnym ustawodawcy było bowiem umożliwienie zamawiającym poprawienia błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania ofert, co przyczynić się powinno do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego, zmniejszenia liczby odrzuconych ofert i unieważnienia postępowań, zatem działając *lege artis* Zamawiający powinien dokonać ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem wcześniej bezprawnie odrzuconej oferty Odwołującego. Podał Odwołujący, że biorąc pod uwagę ceny brutto złożonych ofert nie ma wątpliwości, że w świetle art. 91 ust. 1 ustawy oferta bezpieczne.it Sp. z o.o. jest ofertą najkorzystniejszą.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił IT Systems and Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, wykazując swój interes w rozstrzygnięciu na korzyść Zamawiającego. Przystępujący podał, że ustalenie nowej ceny jednostkowej oprogramowania, która nie wynika z żadnych obliczeń, powodowałoby istotną zmianę treści oferty, gdyż podstawowym i jedynym kryterium oceny oferty w przedmiotowym postępowaniu jest cena ofertowa, w związku z czym, Zamawiający nie miał możliwości dokonania poprawy oferty w sposób nie zmieniający jej treści. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2010 r. w spr. o sygn. akt KIO 621/10. Podał Przystępujący, że gdyby przyjąć za słuszne stanowisko Odwołującego, Zamawiający byłby zobowiązany do ingerowania w essentialia negotii oferty przedstawionej przez Odwołującego. Argumentuje

Przystępujący, iż Zamawiający czyniąc zadość żądaniu przedstawionym w odwołaniu Odwołującego zostałby zmuszony do podzielenia kwoty podanej w Formularzu ofertowym w pozycjach 3 i 4, czego wynikiem byłaby liczba w okresie, przy czym zaokrąglenie ceny stanowczo nie wyczerpuje przesłanek wynikających z art. 87 Ustawy tj. poprawienia omyłki Odwołującego, a takie działanie stanowi znaczną ingerencję w cenę przedstawioną w ofercie.

Na rozprawie strony i uczestnik podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w prowadzonym postępowaniu, zastrzegł wymóg by wykonawcy załączyli do oferty formularz ofertowy zawierający kalkulację ceny w postaci tabeli. W tabeli wykonawcy mieli podać ceny jednostkowe brutto oraz wartość brutto, pozostałe dane, to jest nazwa oprogramowania (co do zasady), liczba licencji, ilość nośników były narzucone przez zamawiającego we wzorze tabeli zawierającej kalkulację ceny.

Odwołujący w złożonej ofercie, gdzie w odniesieniu do poz. 3 [*VMware vSphere 4 Enterprise for 1 processor (Max 6 cores per processor)*] i 4 [*Basic Support/Subscription for VMware vSphere Enterprise for 1 processor for 1 year*] - wymagane ilości licencji oraz nośników wynosiły po 18 sztuk, w kolumnach, w których należało ująć ceny jednostkowe netto a następnie wartość brutto, podał:

- 1) w pozycji 3 - *VMware vSphere 4 Enterprise for 1 processor (Max 6 cores per processor)* – cenę jednostkową brutto równą 143.808 zł oraz wartość brutto 143.808 zł;
- 2) w pozycji 4 - *Basic Support/Subscription for VMware vSphere Enterprise for 1 processor for 1 year* - cenę jednostkową brutto równą 40.714 zł oraz wartość brutto 40.714 zł.

Wynik uzyskany z podzielenia wartości brutto dla danej pozycji przez ilość oferowanych przedmiotów (18 dla każdej z pozycji) daje:

- 1) w odniesieniu do pozycji 3 - *VMware vSphere 4 Enterprise for 1 processor (Max 6 cores per processor)* – 7.989,333 (...) zł;
- 2) w odniesieniu do pozycji 4 - *Basic Support/Subscription for VMware vSphere Enterprise for 1 processor for 1 year* – 2.261,888 (...) zł

Na tle tak ustalonego stanu faktycznego, skład orzekający zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia w dacie 2 lipca 2010r. (data ogłoszenia o zamówieniu) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, to jest po dniu 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy *ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw* (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do jego rozpoznawania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że do przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy *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) oraz *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

W drugiej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych: skoro odwołanie złożone zostało z zachowaniem wymaganego, pięciodniowego terminu, to podlega ono rozpatrzeniu przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, uprawniający go do złożenia odwołania: jego oferta zawierała najniższą cenę w porównaniu do ofert innych wykonawców, wobec czego w razie uwzględnienia odwołania jego oferta uznana byłaby za najkorzystniejszą w tym postępowaniu.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uwzględniając stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, z następujących powodów:

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, uzasadniając swoją decyzję błędami w obliczeniu ceny w tej ofercie. Zamawiający podał, że w ofercie występują błędy w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy. Wskazał Zamawiający, że w art. 87 ust. 2 ustawy wyraźnie podany został katalog zmian, jakich może dokonać Zamawiający w toku badania ofert, z zaznaczeniem, iż omyłki nie mogą powodować istotnej zmiany treści oferty. Ustalenie niejako nowej ceny jednostkowej oprogramowania – ponieważ nie wynikającej z żadnych obliczeń dla poz. 3 i 4, powodowałoby istotną zmianę treści oferty, gdyż istotnym i jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu jest właśnie cena oferty;

Zamawiający nie ma zatem możliwości dokonania poprawy oferty w sposób nie zmieniający jej treści.

Poddając ocenie powyższe uzasadnienie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego dostrzec należało, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawa zamówień publicznych stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, zaś 89 ust. 1 pkt 6) ustawy stanowi, że zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę zawierającą błąd w obliczeniu ceny.

Stosownie do treści art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek: 1) oczywiste omyłki pisarskie; 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Pojęcie „oczywistej omyłki rachunkowej” w tym przepisie jest na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych pojęciem wprowadzonym nowelizacją z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058), która weszła w życie od 24 października 2008r, przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu sprzed nowelizacji posługiwały się pojęciem „omyłki rachunkowej”.

Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, nieścisłości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Zamiar ten ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do *Ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: „*W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza*

się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Pomyślenie prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.

Ulega skróceniu termin, w jakim wykonawca może nie zgodzić się na poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej, rachunkowej oraz innej omyłki w ofercie (art. 89 ust. 1 pkt 7). Uznano, że termin 3 dni (obecnie 7 dni) stanowi wystarczające zabezpieczenie interesów wykonawcy, gdyż pozostawia mu możliwość zajęcia stanowiska w kwestii wprowadzanych poprawek także w sytuacji, gdy obejmuje dni ustawowo wolne od pracy.”

Z powyższego wynika, że intencją ustawodawcy było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie, przy czym ustawodawca wprowadził zasadę ostatecznego akceptowania dokonywanych przez zamawiającego poprawek w odniesieniu do tych dokonanych przez siebie zmian, które dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (art. 89. ust. 2 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych). Zamawiający obowiązany jest bowiem niezwłocznie powiadomić wykonawców o dokonanych przez siebie poprawkach na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy, zaś w przypadku, gdy poprawki te dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – uzyskać akceptację wykonawcy na poprawienie omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy). Z powyższego zdaje się wynikać wniosek, że poprawki oczywistych omyłek rachunkowych (wraz z konsekwencjami rachunkowymi tych poprawek) jak i poprawki oczywistych omyłek pisarskich z założenia nie prowadzą do niezgodności oferty ze specyfikacją, zaś jeśli pośrednio do takiej niezgodności będą prowadziły, na przykład poprzez dokonanie poprawek błędów rachunkowych, które spowoduje zmianę w zakresie ceny oferty, wymagają uzyskania zgody wykonawcy na taką poprawkę. Ustawodawca zatem założył, że sama poprawa oczywistych omyłek rachunkowych i pisarskich, jeśli nie prowadzi do niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia jest kwestią techniczną i nie wymaga zgody wykonawcy (choć nieco inna intencja ustawodawcy zdawała się wynikać z końcowej części uzasadnienia do projektu ustawy, którą dokonano zmian ustawy Prawo zamówień publicznych w analizowanym zakresie – wskazano

bowiem na skrócony, trzydniowy termin na wyartykułowanie przez wykonawcę braku zgody na poprawki dotyczące zarówno oczywistej omyłki pisarskiej, rachunkowej jak i innej omyłki w ofercie). Nie ulega jednak wątpliwości, że w świetle brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych 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.

Stąd zatem oczywiste omyłki pisarskie oraz oczywiste omyłki rachunkowe (z uwzględnieniem dalszych konsekwencji rachunkowych) podlegają poprawieniu, bez potrzeby akceptacji wykonawcy (a jedynie z obowiązkiem poinformowania wykonawcy) i jako takie nie wpływają na zaistnienie podstaw do odrzucenia oferty.

Rozważenia dalej wymagała kwestia zaistnienia podstawy do odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest wystąpienie błędów w obliczeniu ceny. Zamawiający jako uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego podał, że w ofercie występują błędy w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy. Wskazał Zamawiający, że w art. 87 ust. 2 ustawy wyraźnie podany został katalog zmian, jakich może dokonać Zamawiający w toku badania ofert, z zaznaczeniem, iż omyłki nie mogą powodować istotnej zmiany treści oferty.

Dostrzec trzeba w tym miejscu, że oferta stanowi oświadczenie woli spełnienia określonego świadczenia na podanych w niej warunkach. O ile sam przedmiot tego świadczenia co do zasady najczęściej pozostawiony jest nieznaczonej tylko swobodzie wykonawcy – opisuje go bowiem zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaś postępowanie o zamówienie publiczne w tym zakresie jest co do zasady realizowane poprzez przystąpienie do podanych warunków, przystanie na jednostronnie określony przedmiot świadczenia przez drugą stronę (wykonawcę), to cena niewątpliwie pozostaje w sferze dyspozycji tego wykonawcy. Kategoria błędu w obliczeniu ceny musi być zatem rozpatrywana w kontekście charakteru tego oświadczenia, w szczególności faktu, że to oświadczenie o wykonaniu zamówienia za wskazaną cenę jest istotną częścią oferty (co trafnie zauważył Zamawiający), przy czym cena jest tym elementem oferty, który w zasadzie w całości jest objęty sferą dyspozytywności wykonawcy.

Błędem w obliczeniu ceny będzie obarczona taka oferta, z której w sposób jednoznaczny będzie wynikał zamiar wykonania świadczenia za odmienną cenę aniżeli wskazano w ofercie; będzie to oferta z której treści (przykładowo w części opisującej kalkulację) będzie wynikała sprzeczność tego rodzaju, że niewątpliwie będzie, że zaoferowana za wykonanie zamówienia cena

nie jest tą, której wykonawca oczekuje. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że błąd w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, to błąd, którego poprawienie z obiektywnych względów jest niedopuszczalne, przykładowo z uwagi na to, że taka korekta ingerowałaby w sposób nieuprawniony w treść oświadczenia woli wykonawcy, a nie błąd którego nie udało się poprawić.

Pozostałe bowiem nieścisłości w określeniu ceny będą nadawały się do poprawienia – z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy jako oczywiste omyłki pisarskie (gdy cena podana słownie będzie odbiegała od jej liczbowej prezentacji), oczywiste omyłki rachunkowe (gdy w części składającej się na wymaganą przez zamawiającego kalkulację ceny znajdują się błędy w zakresie rachunku elementów podlegających działaniom arytmetycznym) czy też jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Na gruncie analizowanej sprawy nie ulega wątpliwości, że cena Odwołującego za wykonanie zamówienia, w części 1 wynosi 202.320 zł. Cena ta została wskazana w formularzu cenowym w sposób jednoznaczny słownie, oraz liczbowo. Następnie cena w tej wysokości podana została w tabeli „Kalkulacja ceny”, jako wynik sumowania zaoferowanych w pozycjach 1-4 cen brutto za pakiety oferowanych przedmiotów (1 szt. licencji *VMware Center Server 4 Standard for vSphere (Includes Orchestrator and Linked Mode)*, 1 szt. nośnika do tej licencji (*Basic Support/Subscription for Center Server 4 Standard*), 18 szt licencji *VMware vSphere 4 Enterprise for 1 processor (Max 6 cores per processor)* 18 szt. nośników *Basic Support/Subscription for VMware vSphere Enterprise for 1 processor for 1 year*). Na rozprawie Odwołujący nie kwestionował, że zamierza wykonać zamówienie za podaną kwotę, choć istotnie, wskazywał, że wobec korekty cen jednostkowych w sposób postulowany w odwołaniu należałoby ją zmniejszyć do kwoty 202.319,97 zł. Nie pozostawia jednak wątpliwości, że zamiarem Odwołującego było zaoferowanie dostawy za cenę 202.320 zł. Zamawiający również nie miał co do tego wątpliwości, jedyną zaś przeszkodą do przyjęcia oferty Odwołującego stała się niemożność dokonania poprawienia błędu z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w taki sposób, by doprowadzić do uzyskania wskazanej kwoty 202.320 zł, jako tej, która została wyraźnie, kilka razy wskazana jako cena ofertowa, bez ostatecznej ingerencji w tę cenę. Dokonując zatem w oparciu o wyżej wskazaną argumentację oceny, że w analizowanej sprawie nie mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny, nie podlegającym poprawieniu, wyjaśnienia wymaga kwestia korekty błędów zawartych w ofercie Odwołującego.

I tak, w zakresie wskazanych w kalkulacji ceny zawartej w ofercie Odwołującego dla pozycji w pozycji 3 - *VMware vSphere 4 Enterprise for 1 processor (Max 6 cores per processor)* a także 4 -

Basic Support/Subscription for VMware vSphere Enterprise for 1 processor for 1 year w kolumnach „cena jednostkowa brutto” cen, które odpowiadają cenom za 18 sztuk wymienionych w poz. 3 i 4 licencji i ich nośników dostrzec należało, że wartości te niewątpliwie wpisano omyłkowo. Potwierdził to Odwołujący, a i dla Zamawiającego nie budziło powyższe wątpliwości, że wskazane kwoty w pozycji 3 - *VMware vSphere 4 Enterprise for 1 processor (Max 6 cores per processor)* – - 143.808 oraz w pozycji 4 - *Basic Support/Subscription for VMware vSphere Enterprise for 1 processor for 1 year* - 40.714 zł jako jednostkowe ceny dotyczyły cen nie za 1 lecz za 18 przedmiotów.

Zamawiający winien był w takim wypadku, nie mając wątpliwości co do treści oferty w zakresie ceny, za wykonanie zamówienia, którą wskazano w kilku miejscach oferty, zarówno w postaci liczbowej jak i słownie jako kwotę 202.320 zł, dokonać takich poprawek w treści oferty – cenach jednostkowych, które w wyniku następných działań arytmetycznych pozwolą uzyskać wynik w postaci kwot brutto za 18 licencji i nośników ujętych w pozycjach 3 - *VMware vSphere 4 Enterprise for 1 processor (Max 6 cores per processor)* i 4 - *Basic Support/Subscription for VMware vSphere Enterprise for 1 processor for 1 year*.

Dostrzec trzeba w tym miejscu, że za działania arytmetyczne w tym znaczeniu będzie należało uznać konwencjonalne działania jak dodawanie, mnożenie, dzielenie ale także zaokrąglanie uzyskanych wyników. Nie bez znaczenia dla dokonywanych działań matematycznych jest warunek dotyczący poprawek rachunkowych – przepis art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych nakazuje dokonywanie poprawki oczywistej omyłki rachunkowej, co nie oznacza że równie oczywisty musi być sposób dokonywania poprawy takich omyłek. Niekiedy będzie wymagał on dokonania pewnych uproszczeń. W zakresie kategorii pojęciowej oczywistej omyłki rachunkowej mieszczą się jedynie tego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej analizy, co oznacza, że ich poprawienie nie wywoła zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy znaczeniu merytorycznym. W niniejszym stanie faktycznym, błąd w zakresie podania ceny jednostkowej, w poz. 3 i 4 gdzie wskazano tę samą cenę za 1 szt. co za 18 nasuwa się „na pierwszy rzut oka”. Dostrzec bowiem trzeba w tym miejscu, że o obowiązku poprawienia błędu przesądza nie łatwość dokonania poprawy ale jej istotność i wpływ na cenę końcową. Przytoczyć warto w tym miejscu wskazane wyżej uzasadnienie do nowelizacji ustawy, która wprowadziła obecny kształt przepisu art. 87 ust. 2 oraz 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: *„Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.”*

Sposób poprawienia błędu, w tym oczywistego błędu rachunkowego nie został zatem zamawiającemu narzucony – przyjęta metodologia została pozostawiona swobodzie zamawiającego – jak wskazano bowiem w uzasadnieniu ustawy: „*Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawny omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2.*”. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia w analizowanym postępowaniu przewiduje zarówno reguły obliczenia przez wykonawców cen, jak również zasady poprawiania w ofertach omyłek i błędów. Zasady te należy uznać jednak za przykładowe, szczególnie, że nie wyczerpują one wszystkich sytuacji faktycznych, jak przykładowo zaistniałej w analizowanej sprawie.

W zakresie wskazanych działań matematycznych, podzielenie kwot wskazanych jako ceny brutto za 18 licencji oraz tyle samo nośników dawało zatem cenę jednostkową jednej licencji i nośnika. Istotnie, cena ta wynosiła w odniesieniu do pozycji 3 – kwotę 7.989,333 (...) zł, oraz w odniesieniu do pozycji 4 – kwotę 2.261,888 (...) zł. Zaprezentowanie uzyskanej jako cena jednostkowa kwoty z dokładnością do dwóch liczb po przecinku pozwala uzyskać wyniki: dla pozycji 3 *VMware vSphere 4 Enterprise for 1 processor (Max 6 cores per processor)* – kwotę 7.989,33 oraz dla pozycji *Basic Support/Subscription for VMware vSphere Enterprise for 1 processor for 1 year* – kwotę 2.261,89 zł. Wskazane kwoty mogły być uznane za ceny jednostkowe zaoferowanych przez Odwołującego licencji i nośników. Wtórne przemnożenie tych kwot przez liczbę licencji dałoby bowiem wyniki zbliżone do kwot brutto w pozycjach 3 i 4 (143.807,94 zł oraz 40.713,84 zł); następnie zaokrąglenie uzyskanych w ten sposób cen brutto zgodnie z regułami stosowanymi w prawie podatkowym, to jest w ten sposób, że końcówki kwot wynoszące mniej niż 50 groszy pomija się a końcówki wynoszące 50 groszy i więcej zaokrągla się do pełnych złotych pozwala uzyskać następujące wyniki: dla pozycji 3 – kwotę 143.808 zł, oraz dla pozycji 4 – kwotę 40.714 zł.

Niemożność poprawienia błędu w sposób który nie spowodowałby zmiany w treści oferty należało zatem uznać za następstwo przyjęcia takiej a nie innej metodologii ewentualnej poprawy dostrzeżonego błędu. W metodologii Zamawiającego przyjęto, że skutek dokonanych poprawek na poziomie ustalenia ceny jednostkowej jako ilorazu sumy brutto za 18 licencji lub nośników przez ich liczbę nastąpi zmiana ceny brutto w pozycjach 3 i 4 – a w następstwie tej zmiany – zmiana ceny całkowitej za wykonanie zamówienia. Jak wykazano wyżej, przyjęcie dodatkowo zaokrąglenia na poziomie cen brutto, powoduje, że cena ta jest zgodna z kwotami wpisanymi przez Odwołującego w formularzu cenowym w kalkulacji ceny.

Powyżej opisane niedoskonałości w zakresie prezentacji sposobu obliczenia ceny, zawarte w ofercie Odwołującego należało zatem potraktować jako będące wynikiem oczywistej omyłki rachunkowej, w rozumieniu art. 87 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, która podlegała poprawieniu przez Zamawiającego. Powyższej oceny nie zmienia okoliczność, że Zamawiający określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zasady obliczania ceny oraz dokonywania przez siebie korekt. Możliwość dokonania poprawy błędów w ofercie w opisany sposób nie stoi bowiem na przeszkodzie okoliczność, że Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił w rozdziale XVI *Opis sposobu obliczenia ceny* reguły ustalenia przez wykonawców cen, w tym także zasady dokonywania przez siebie poprawek w ofertach w powyższym zakresie. Ustalenie ceny należy bowiem do wykonawcy, stąd wskazaniom Zamawiającego zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia co do sposobu obliczenia ceny, w tym dotyczącym zaokrągleń należało przyznać znaczenie jedynie pomocnicze, które nie może skutkować uznaniem za podlegającą odrzuceniu ofertę, co do której obliczono cenę w sposób nieistotnie odbiegający od wskazań Zamawiającego. Wskazane zasady mogły mieć jedynie charakter pomocniczy dla wykonawców, nie mogły jednak stanowić o odrzuceniu oferty. Niezgodność bowiem działania wykonawcy przy ustalaniu ceny z zasadami kalkulacji ceny zaprezentowanymi w specyfikacji (zasadami zaokrąglania) mogła co najwyżej wskazywać na nieistotną niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (w zakresie wskazującym na techniczną stronę opracowania tej oferty, kalkulacji ceny), która jednak nie podlega w ogóle poprawieniu z zastosowaniem instrumentów podanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych, jako że wiąże się z ustaleniem ceny (oświadczeniem woli wykonawcy w tym zakresie), co do której wysokości nie było wątpliwości i jako taka pozostaje bez wpływu dla ważności oferty.

Tak argumentując Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła zarzuty odwołania w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego uznając, że błędy w ofercie Odwołującego należą do nieistotnych, dotyczą nie ceny za wykonanie zamówienia a jedynie cen jednostkowych, co przy przedmiocie zamówienia który w tym zakresie wskazuje na pakiet 18 licencji wraz z nośnikami ma znaczenie drugorzędne. Tym samym błędy w opisanym wyżej zakresie podlegały poprawieniu przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych, zaś oferta Odwołującego nie podlega z odrzuceniu z przyczyn wskazanych przez Zamawiającego.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:

.....