

Sygn. akt: KIO 2463/11

## WYROK

z dnia 30 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2011 r. przez **Mennica Polska S.A. w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MBS Computergraphick Sp. z o.o. w Błoniu** oraz **City Parking Group Sp. z o.o. w Grudziądzu** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Miastu Stołecznemu Warszawa – Zarządowi Dróg Miejskich w Warszawie powtórzenie oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na serwisowanie urządzeń w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego w Warszawie, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MBS Computergraphick Sp. z o.o. w Błoniu** oraz **City Parking Group Sp. z o.o. w Grudziądzu** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.),

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Mennica Polska S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Miasta Stołecznego Warszawy - Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Mennica Polska S.A. w Warszawie** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa procesowego.

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

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający, Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na serwisowanie urządzeń w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego w Warszawie, z podziałem zamówienia na dwie części.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 07.09.2011 r. w Dz.U. UE pod numerem 2011/S 171-281588.

W dniu 08.11.2011 r. zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MBS COMPUTERGRAPHIK Sp. z o.o. w Błoniu oraz CITY PARKING GROUP Sp. z o.o. w Grudziądzu (zwanych dalej „Konsorcjum MBS”) jako najkorzystniejszej w części 1 i 2 zamówienia.

W dniu 17.11.2011 r. Mennica Polska S.A. w Warszawie wniosła odwołanie od ww. czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust 1 oraz 2 pkt 1-3 Pzp poprzez bezprawne poprawienie oferty Konsorcjum MBS dotyczącej części 1 oraz części 2 zamówienia, w zakresie ceny i błędne zakwalifikowanie jej jako oczywistej omyłki rachunkowej, co doprowadziło do naruszenia zasady konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MBS, mimo iż zachodziła obligatoryjna przesłanka odrzucenia wymieniona w tym

przepisie, tj. niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) i brak możliwości poprawienia omyłek;

- art. 89 ust 1 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienie czynności polegającej na poprawieniu omyłki w ofercie Konsorcjum MBS na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp;
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji odrzucenie oferty Konsorcjum MBS oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż zgodnie z przygotowanym przez Zamawiającego formularzem na którym należało składać oferty, stanowiącym załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający w sposób nie budzący jakichkolwiek wątpliwości i wprost nakazywał wpisać jako oferowaną cenę wykonania przedmiotu zamówienia zryczałtowaną miesięczną cenę netto i brutto. Obowiązek ten dotyczył zarówno oferty na wykonanie pierwszej, jak i drugiej części zamówienia. W złożonej ofercie wybrany Wykonawca pierwotnie wskazał w formularzu oferty w punktach dotyczących zryczałtowanej miesięcznej ceny dla części 1 -kwotę 19.175.616,- zł netto (dziewiętnaście milionów sto siedemdziesiąt pięć tysięcy sześćset szesnaście złotych) oraz 23.586.007,68 zł brutto (dwadzieścia trzy miliony pięćset osiemdziesiąt sześć tysięcy siedem złotych (68/100)). W zakresie części 2, Wykonawca zaoferował zryczałtowaną cenę miesięczną za wykonanie przedmiotu zamówienia w kwocie 2.791.800,- zł netto (dwa miliony siedemset dziewięćdziesiąt jeden tysięcy osiemset złotych) oraz 3.433.914,- zł brutto (trzy miliony czterysta trzydzieści trzy tysiące dziewięćset czternaście złotych). W tym stanie rzeczy Zamawiający poprawił ofertę Wykonawcy - konsorcjum firm Spółki MBS COMUTERGRAPHIK Sp. z o.o. oraz Spółki CITY PARKING GROUP Sp. z o.o., dzieląc podaną przez tego Wykonawcę zaoferowaną cenę (wpisaną jako zryczałtowaną miesięczną cenę) przez 36 miesięcy, czyli ilość miesięcy, na który miała zostać zawarta umowa na wykonanie przedmiotu zamówienia. W konsekwencji Zamawiający zmienił ofertę Wykonawcy w zakresie

oferowanej ceny za wykonanie zamówienia, uznając, że podana uprzednio cena w istocie nie była zryczałtowaną ceną miesięczną lecz ceną za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, co z kolei - w ocenie Zamawiającego - stanowiło omyłkę wybranego Wykonawcy, którą miał prawo usunąć na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp. W związku z powyższym jako cenę oferowaną zgodnie z formularzem oferty, Zamawiający wpisał odpowiednio kwotę 655.166,88 zł brutto (sześćset pięćdziesiąt pięć tysięcy sto sześćdziesiąt sześć złotych 88/100) dla części pierwszej zamówienia oraz kwotę 95.386,50 zł brutto (dziewięćdziesiąt pięć tysięcy trzysta osiemdziesiąt sześć złotych 50/100) dla drugiej części zamówienia.

Zgodnie z treścią pkt 15.9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający poprawi w tekście oferty oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz inne omyłki polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym Wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Zapis ten koresponduje z treścią art. 87 ust. 2 ustawy, zgodnie którym zamawiający poprawia w ofercie: oczywiste omyłki pisarskie; oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Ponadto, w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający wskazał, że nie wyrażenie zgody przez Wykonawcę, na poprawienie omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodujące istotnych zmian treści oferty, winna być przekazana na piśmie w terminie 3 dni od daty doręczenia zawiadomienia.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie był upoważniony ani na podstawie postanowień SIWZ ani w świetle przepisów ustawy art. 87 ust. 2 do zmiany ceny wskazanej w ofercie wybranego Wykonawcy w zakresie zarówno części 1 jak też części 2 zamówienia. W konsekwencji działanie Zamawiającego należy uznać za rażąco naruszające również zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, określone w art. 7 ustawy.

Podkreślenia wymaga fakt, że poprawienie oferty Wykonawcy konsorcjum firm MBS COMTUTERGRAPHIK Sp. z o.o. z siedzibą w Błoniu oraz CITY PARKING GROUP Sp. z o.o. przez Zamawiającego nie mogło nastąpić, na żadnej z podstaw przytoczonych w pkt 15.9 SIWZ oraz art. 87 ust. 2 Pzp. tzn. zaoferowana pierwotnie cena nie mogła

zostać uznana za oczywistą omyłkę pisarską, rachunkową lub inną omyłkę polegającą na niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty.

Pojęcie oczywistej omyłki pisarskiej i rachunkowej należy wyjaśnić przy zastosowaniu wykładni systemowej oraz poprzez odniesienie do podobnych pojęć w innych aktach prawnych. Zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie za błąd pisarski uważa się niewłaściwe użycie wyrazu, nieprzestrzeganie zasad gramatycznych, opuszczenie wyrazów lub liter, gdy okoliczność ta wynika z brzmienia treści zdania. W wyroku z dnia 3 października 2006 r., UZP/ZO/0-2555/06, LEX nr 213491, Zespół Arbitrów stanął na stanowisku, iż: „za oczywistą omyłkę pisarską w świetle art. 87 p.z.p. uznać należy uchybienia o charakterze oczywistym, których poprawienie z jednej strony nie może prowadzić do zmiany oferty, z drugiej zaś muszą one być widoczne na pierwszy rzut oka bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy ustaleń”.

Błąd rachunkowy natomiast następuje wówczas, gdy jest konsekwencją niewłaściwego przeprowadzenia wyliczeń arytmetycznych, a w szczególności polega na błędnym zsumowaniu lub odjęciu poszczególnych pozycji. W konsekwencji za błąd rachunkowy uznać należy omyłki w przedmiocie wszystkich działań arytmetycznych i sprzeciwiających się zasadom reguł matematycznych (postanowienie SN z 21 czerwca 1967 r., II CZ 48/67). Wyjaśnienie pojęcia oczywistej pomyłki rachunkowej zostało również uwzględnione w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 lipca 2010 r. zgodnie z którym, Izba stwierdziła, że oczywista omyłka rachunkowa oznacza omyłkę powstałą wyłącznie w wyniku dokonywania rachunków (działań arytmetycznych). Odnosząc się do przesłanki „oczywistości” omyłki analogicznie jak przypadku omyłek pisarskich Krajowa Izba Odwoławcza stanęła na stanowisku, że „zarówno z treści przepisu stanowiącego o oczywistych omyłkach rachunkowych, jak również orzecznictwa sądowego, arbitrażowego i piśmiennictwa wynika ponad wszelką wątpliwość, że oczywista omyłka to przede wszystkim omyłka, która jest widoczna bez jakiegokolwiek analizy treści oferty”. Warto również zwrócić uwagę, że w zakresie poprawiania omyłek o charakterze rachunkowym w obecnym stanie prawnym to do obowiązków Zamawiającego należy określenie sposobu poprawiania oczywistych omyłek rachunkowych, a w tym celu Zamawiający może odwołać się do reguł określonych w przepisie art. 88 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym do dnia 24 października 2008 r. (wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1/0C

Odwołujący wskazał przy tym, że wśród postanowień treści SIWZ Zamawiający nie przewidział żadnych reguł i zasad, wedle których oczywiste omyłki rachunkowe miałyby być poprawiane. Ponadto, w świetle przytoczonego orzecznictwa, definiującego na czym polega omyłka rachunkowa i pisarska omyłki, nie sposób przyjąć aby poprawienie ceny w niniejszym stanie faktycznym mogło zostać zakwalifikowane jako poprawienie oczywistej omyłki. Po pierwsze brak jest tutaj spełnienia przesłanki „oczywistości”. Zarówno doktrynie jak i w orzecznictwie podnosi się, że wystąpienie omyłki nie może pozostawiać wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy. Stanowisko to potwierdził również Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 7 czerwca 2008 r. (sygn. akt. XII Ga 206/08) w którym wyjaśnił, że: „przewidziana w art. 87 ust. 2 p.z.p. możliwość poprawienia oczywistej omyłki w tekście oferty dotyczy wyłącznie takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a "oczywistość" omyłki rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenie lub inna niedokładność przypadkowa, która nasuwa się sama przez się każdemu. Przez oczywistą omyłkę powszechnie rozumie się błąd zwykły wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a nie spowodowany uchybieniem merytorycznym. Ma więc charakter proceduralno-techniczny, a nie merytoryczny. Istotnym przy tym pozostaje, że oczywista omyłka w tekście oferty nie może w żadnym razie doprowadzić do zmiany jej treści - pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki nie można bowiem doprowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia”.

Biorąc pod uwagę fakt, że formularz oferty w sposób jednoznaczny określał, że cenę wpisaną w formularzu należy rozumieć jako zryczałtowaną miesięczną cenę, trudno uznać, że Wykonawca zaproponował cenę całościową a nie miesięczną. Poprawienie formularza oferty doprowadziło w takim wypadku do zmiany oświadczenia woli Wykonawcy, a zatem w sposób istotny zmieniło treść oferty Wykonawcy. Ponadto trudno wywieść skąd miała by wynikać ewentualna omyłka Wykonawcy. Nie można w tym wypadku mówić o jakiegokolwiek omyłce arytmetycznej wynikającej przykładowo z niepoprawnego zsumowania elementów cenotwórczych, czy też omyłce pisarskiej polegającej na innym oznaczeniu ceny cyfrowo a innym wyrażeniu oferowanej ceny słownie. Zadziwiające jest zatem, że Zamawiający powziął wątpliwości, iż zaoferowana przez Wykonawcę cena jest ceną za wykonanie całości zamówienia a nie zaoferowaną ceną miesięczną. Oferta Wykonawcy nie zawiera bowiem żadnych tabeli cenowych, z

których po zsumowaniu lub porównaniu przedstawionych cen można byłoby wywieść, że Wykonawca popełnił omyłkę obliczając oferowaną cenę. Ponadto należy zwrócić uwagę na szczególny charakter oferowania ceny ryczałtowej. W wyroku z dnia 6 marca 2011 r. (sygn. akt I ACa 1147/00) Sąd Apelacyjny wskazał, że jeżeli za wykonane dzieło strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dołączenie przez wykonawców do umowy kosztorysu nie ma znaczenia, a dokument ów należy uznać jedynie za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez przyjmującego zamówienie wykonawcę kwotę wynagrodzenia ryczałtowego. Oznacza to, że nawet jeżeli z ewentualnych tabeli cenowych wyniknęłyby rozbieżności, to i tak kwota podana w ofercie przez wykonawcę jest wiążąca. Wreszcie na tle przytoczonego orzeczenia Sądu Okręgowego w Gdańsku (sygn. akt. XII Ga 206/08) należałoby uznać, że nawet jeżeli Wykonawca, konsorcjum firm Spółka MBS COMTUTERGRAPHIK Sp. z o.o. z siedzibą w Błoniu oraz Spółka CITY PARKING GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu, rzeczywiście popełnił błąd i złożył oświadczenie dotyczące całości oferowanej ceny, to charakter takiego błędu nie stanowić będzie omyłki oczywistej, zaś będzie to błąd merytoryczny, który nie może zostać poprawiony przez Zamawiającego, jako istotnie zmieniający treść oferty Wykonawcy -tworzący nową ofertę.

Odwołujący wskazał również, iż niemożliwym byłoby poprawienie oferty Zamawiającego na zasadzie art. 87 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten przewiduje poprawianie omyłek innych niż oczywiste pisarskie lub rachunkowe, które spełniają łącznie dwa określone w przepisie warunki tzn. polegają na niezgodności ofert z SIWZ i nie powodują istotnych zmian w treści ofert. Uwzględniając, iż przewidziana w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 sui generis procedura doprowadzenia do zgodności treści złożonej oferty z treścią SIWZ ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni z SIWZ (art. 82 ust. 3 p.z.p.), a także ze względu na bezwzględny zakaz prowadzenia rokowań co do złożonej już oferty (art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp.) W orzecznictwie formułuje się wskazówki w celu wyznaczenia granicy pomiędzy dopuszczalnym poprawianiem treści złożonego oświadczenia woli a niedopuszczalnym wytworzeniem jego zupełnie nowego brzmienia, niewynikającego ze złożonej oferty. Istotne jest, czy z treści złożonej oferty wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnej z wymaganiami siwz. Co do zasady przyjmuje się, że zamieszczone w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pojęcie „innej omyłki” nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcia lub pomylenia określonych wyrażen czy wartości, czy wszelkich innych powstających bez



świadomości ich wystąpienia przeoczeń i braków prowadzących do niezgodności oferty z SIWZ. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania i zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Ponadto analizując przesłanki art. 87 ust. 2 pkt. 3 doprowadziła do ugruntowania poglądu w orzecznictwie, iż zmiana nieistotna w treści oferty to zmiana o niewielkim znaczeniu w stosunku do całego przedmiotu oferowanego zakresie. Zdaniem Odwołującego przesłanka ta nie została spełniona w niniejszej sprawie, a poprawienie oferty wybranego Wykonawcy doprowadziło do niedozwolonej w świetle przepisów Pzp zmiany oświadczenia woli tego Wykonawcy.

W niniejszym stanie faktycznym zarówno formularz oferty jak również postanowienia SIWZ w sposób jednoznaczny wskazywały czego dotyczy oświadczenie woli zawarte w formularzu ofertowym. Jak zostało to podniesione zgodnie z formularzem oferty Wykonawca składając oświadczenie woli w zakresie oferowanej ceny obowiązany był wpisać miesięczne ryczałtowe wynagrodzenie. Natomiast zgodnie z postanowieniami SIWZ - pkt. 10.7. oferta oraz pozostałe dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie załączników do SIWZ, winny były być sporządzone zgodnie z tymi wzorami, co do treści oraz formy, w tym opisu kolumn i rubryk. Tym samym Wykonawca składając ofertę przyjął na siebie wszelkie obowiązki wynikające z postanowień nie tylko Specyfikacji, ale również związanych z treścią załączników i obowiązany był składać oświadczenia w sposób w nich przewidziany.

Również zgodnie z § 2 ust. 1 Umowy wynagrodzenie Wykonawcy ustalone zostało jako miesięczne ryczałtowane wynagrodzenie. Odwołujący podniósł zatem, że dokonywanie jakichkolwiek zmian w zakresie ceny stanowiło w istną zmianę treści oferty, w związku z faktem, że Zamawiający zmienił cenę wskazaną przez Wykonawcę. Natomiast „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” (wyrok KIO z dnia 11 marca 2011 r. sygn. akt KIO 404/11).

Ponadto odwołujący zwrócił uwagę, że działanie Zamawiającego polegających na poprawieniu oferty Wykonawcy było nieprawidłowe z jeszcze innych względów. Nawet jeżeli (wbrew prawu) przyjęto by, że Wykonawca omyłkowo zamiast miesięcznej ceny ryczałtowej wpisał w formularzu zamówienia cenę globalną za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, to nie wiadomo czy oświadczenie Wykonawcy obejmowało

zgodę na otrzymywanie wynagrodzenia w równych częściach w odstępie miesięcznym. Wykonawca określając cenę globalnie mógł obejmować swoim zamiarem otrzymanie od razu całość wynagrodzenia lub otrzymania wynagrodzenia w innej proporcji, niż równych miesięcznych wypłatach. Są to essentialia negotii które nie mogą pozostawać w sferze domniemań wskutek zmian wprowadzanych przez zamawiającego. SIWZ jednoznacznie ustalała zasadę comiesięcznej płatności a wykonawca którego tyczy odwołanie nie wyraził zgody na taką płatność żądając w ofercie zapłaty bez podziału na takie części.

Podkreślenia wymaga fakt, że w świetle przepisów ustawy Zamawiający nie może dowolnie poprawiać omyłek Wykonawców. Omyłka może zostać poprawiona dopiero jeżeli w sposób jednoznaczny będzie wynikał zamiar wykonania świadczenia za odmienną cenę, aniżeli wskazano w ofercie. Z taką sytuacją nie mamy zaś do czynienia w niniejszym stanie faktyczny. Raz jeszcze należy zauważyć, że w żadnych z dokumentów złożonej oferty (przykładowo tabeli cenowych) nie można wywieść, że Wykonawca wpisując oferowaną cenę w miejscu gdzie powinien umieścić zryczałtowaną cenę miesięczną, miał na myśli inną cenę globalną.

Z ostrożności Odwołujący podnosi również, iż jeżeli Zamawiający powziął wątpliwości co do treści złożonej przez niego oferty i zażądał wyjaśnień od Wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, po czym w związku z przedstawionymi wyjaśnieniami dokonał zmiany w treści oferty, to takie działania jest sprzeczne z prawem. Wynika to wprost z literalnego brzmienia art. 87 ust 1 a także niekwestionowanej linii orzeczniczej. Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła stanowisko, że: „nie jest prawnie dopuszczalne dokonywanie zmiany treści oferty mocą dokonanych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Instytucja określona w powołanym wyżej przepisie ma na celu dokonanie wyjaśnień oświadczeń wiedzy lub woli wykonawców, które mają istotne znaczenie między innymi w aspekcie oceny zgodności treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia" (wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 711/11). Ponadto zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w orzecznictwie wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może stanowić zmiany oferty, lecz musi mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty, zawartych w niej oświadczeń i informacji. Stąd w ofercie musi znajdować się jakikolwiek punkt zaczepienia, który pozwoli uznać, że oferta zawiera wyjaśniane treści (wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2011 r. sygn. akt 616/11). Jak wynika zaś z przytoczonych już wyżej argumentów, oświadczenie złożone przez

Wykonawcę: konsorcjum firm Spółkę MBS COMTUTERGRAPHIK Sp. z o.o. z siedzibą w Błoniu oraz Spółkę CITY PARKING GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu nie mogło budzić wątpliwości co do treści, a wpisana pierwotnie w ofercie cenę zarówno w zakresie części 1 jak i 2 zamówienia należy uznać za ofertę dotyczącą ceny miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego. W dokumentacji ofertowej nie znajdują się żadne elementy, z których Zamawiający mógł wywodzić, że jest inaczej. Zamawiający poprawiając treść oferty nie może opierać się na swoich domniemaniach i arbitralnie zmieniać treści oświadczenia woli Wykonawcy, skutkujących istotną zmianą złożonej przez Wykonawcę oferty.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia uczestników postępowania złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

Zgodnie z pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) termin realizacji zamówienia określono przez podanie daty jego rozpoczęcia – 01.12.2011 r. i zakończenia – 30.11.2014 r. Ponadto Izba ustaliła, iż postanowienia siwz przytoczone w treści odwołania i zreferowane powyżej odpowiadają rzeczywistości stanowi faktycznemu.

Zamawiający w rozdz. III specyfikacji istotnych warunków zamówienia (str. 22 i n.) określił wzór formularza ofertowego, w którym wymagał podania w ofercie w obu częściach zamówienia ryczałtowej miesięcznej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, pozostawiając w nim wykropkowane miejsce na wpisanie takiej ceny.

W ofercie Konsorcjum MBS wskazano, iż oferuje się wykonanie przedmiotu zamówienia za ryczałtową miesięczną cenę: w części 1 - 23 586 007,68 zł., w części 2 – 3 433 914 zł.

Pismem z dnia 18.10.2011 r. Konsorcjum MBS skierowanym do zamawiającego wyjaśniło, iż zaoferowane ceny w obu częściach zamówienia są cenami ryczałtowymi za cały okres realizacji zamówienia, a nie cenami za miesiąc. Tym samym aby

otrzymać cenę za 1 miesiąc należy ją podzielić przez liczbę miesięcy realizacji kontraktu, czyli 36 miesięcy.

Pismem z dnia 26.10.2011 r. zamawiający poinformował Konsorcjum MBS o poprawieniu jego oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w ten sposób, iż w części 1 zamówienia cenę ofertową zmieniono na kwotę 655 166,88 zł., a w części 2 na kwotę 95 386,50 zł.

W tym samym dniu Konsorcjum MBS wyraziło zgodę na ww. poprawienie oferty.

Do porównania i wyboru ofert z dnia 08.11.2011 r. zamawiający przyjął ceny z poprawionej w ww. sposób oferty Konsorcjum MBS.

### **Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy materialną podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż zgodnie z art. 87 ust. 1 w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Według dyspozycji art. 87 ust. 2 Pzp zamawiający poprawia w ofercie:

- 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
- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Natomiast zgodnie z art. 89 ust. 1 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 1) jest niezgodna z ustawą;

2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Ponadto przystępując do rozpatrzenia zarzutów odwołania należy wskazać na proceduralną normę z art. 192 ust. 7 Pzp, w myśl której Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Odnosząc się do podnoszonego przez przystępującego nieprawidłowego sformułowania zarzutów czy żądań odwołania (brak wskazania naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i brak zakwestionowania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty) Izba wskazuje, iż istoty zarzutu niezgodnego z prawem działania zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia nie należy upatrywać w prawidłowym określeniu przedmiotu, którego ogólnie zarzut dotyczy (np. czynności, którą nazywa), ani jego podstawie prawnej, do której referuje (wskazaniu naruszonego przepisu), ale w całości konkretnych okoliczności, na które zarzut wskazuje i na których się opiera. Np. dla rozpoznania i stwierdzenia skuteczności zarzutu niezgodności treści oferty z siwz i związanego z nim zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, nie jest wcale konieczne wskazanie prawidłowej normy prawnej, która powyższe sankcjonuje (np. zamiast art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odwołujący częstokroć wskazują w takim przypadku art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp), ani prawidłowe nazwanie zaniechanej czynności zamawiającego (np. wykonawca mógłby błędnie zakwalifikować powyższe jako zaniechanie wykluczenia wykonawcy i do postulowania wykonania tego typu czynności sprowdzić swoje żądania). Konieczne i wystarczające jest natomiast wskazanie konkretnych okoliczności, na czym zarzucana niegodność treści oferty z siwz ma polegać (np. niezgodność której części oferty, z którymi częściami siwz, w jaki sposób do niej dochodzi czy dlaczego, *etc.*). Analogicznie w przypadku zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia i wyboru oferty w związku z jej niedopuszczalnym, uprzednim poprawieniem, dla identyfikacji i rozpoznania zarzutu wystarczające będzie podanie i opisanie w odwołaniu okoliczności, które stanowią o naruszeniu przepisów ustawy i ze względu na których wystąpienie rozstrzygnięcie postępowania jest kwestionowane oraz określenie żądań, których w związku z potwierdzeniem zarzutów uwzględnienie odwołania ma prowadzić. Jak najbardziej w takiej sytuacji możliwa będzie zmiana (poprawienie) kwalifikacji prawnej zarzutów i żądań odwołania przez Izbę.

Ujmując powyższe inaczej: o skuteczności zarzutów odwołania decydują przede wszystkim okoliczności faktyczne i postulowane w związku z nimi ogólne skutki,

wskazane w treści odwołania i stanowiące podstawę do jego wniesienia, na których odwołanie się zasadza i których dotyczy, a nie formalnie poprawne dostosowanie do twierdzeń faktycznych i związanych z nimi żądań adekwatnych przepisów ustawy – zwłaszcza, gdy nie jest dokonywane przez profesjonalnego pełnomocnika (tak samo Sąd Okręgowy w Suwałkach, wyrok z dnia 21.07.2009 r. sygn. akt I.Ca 137-09, str. 9 uzasadnienia, akapit drugi). Znaczenie zarzutu należy rekonstruować i oceniać przed wszystkim na podstawie całokształtu jego treści, tzn. w odniesieniu do zakresu i znaczenia okoliczności faktycznych stanowiących podstawę i uzasadnienie jego postawienia, a nie li tylko opierać się na odesłaniu do przepisu, którego naruszenie zarzut podnosi lub poprawnej kwalifikacji czynności, której dokonanie postuluje albo której dotyczy.

W szczególności w przedmiotowym odwołaniu z całokształtu podnoszonych tam okoliczności (zarówno w *petitum* odwołania, jak i w jego uzasadnieniu) wynikało, iż odwołujący z wyraźnie określonych i opisanych powodów (nieprawidłowość dokonanego poprawienia treści oferty) kwestionuje wyniki przetargu, w szczególności podnosi, iż wybór oraz zaniechanie odrzucenia oferty wybranej i związane z tym naruszenie zasad konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikających z ustawy. Sposób prezentacji i opisanie zarzutów w odwołaniu w zupełności wystarczał do ich zrekonstruowania i przyjęcia do orzekania.

Na marginesie Izba wskazuje, iż zakwestionowanie zaniechania odrzucenia oferty wybranej (żądanie odrzucenia takiej oferty) jest równoznaczne z żądaniem unieważnienia wyboru oferty uznanej za najkorzystniejszą i nie ma potrzeby mnożenia zbędnych formuł prawnych w tym przedmiocie.

Odnosząc się do samego, zasadniczego zarzutu odwołania, tj. nieprawidłowego poprawienia oferty wybranej przez zmianę jej ceny Izba potwierdza jego zasadność.

Dyspozycja przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi wyjątek od reguły zakazu dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty sformułowanej w art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy i do jej zastosowania wymagane jest łączne zaistnienie wszystkich przesłanek w niej zawartych. Omawiając te przesłanki i sposób zastosowania ww. przepisu, Izba wskazuje, iż w pierwszej kolejności warunkiem dokonania stosownego poprawienia treści oferty jest wystąpienie omyłki w ofercie objawiającej się niezgodnością treści oferty z siwz. Dla przyjęcia jej wystąpienia bynajmniej nie ma potrzeby odwoływania się do stopnia „nieświadomości” wykonawcy, co do niezgodności treści jego oferty z siwz, czy istnienia pewności zamawiającego, co do rzeczywistych intencji wykonawcy w

trakcie przygotowywania oferty lub genezy i przyczyn powstania danej niezgodności oferty z siwz. Należy przyjąć tu możliwie szerokie rozumienie terminu omyłka użytego w ww. przepisie. Omyłką będą więc zarówno błędy w przygotowaniu oferty i odpowiednim, prawidłowym wyrażeniu jej treści popełnione przez wykonawcę, jak też pominięcia (np. wynikające z zapomnienia, błędnego rozumienia wymagań siwz.... etc.) w wypełnieniu czy przedłożeniu wszystkich elementów oferty. Tym samym właściwie wszystkie nieprawidłowości oferty względem siwz (w tym również jej wewnętrzne sprzeczności), która z założenia ma być zgodna z treścią siwz i jednoznaczna, są omyłkami wykonawcy i jako takie winny być traktowane. Omyłką będzie więc każda niezgodność między ofertą a siwz, chyba, że sam wykonawca będzie utrzymywał co innego, tzn. będzie obstawał, iż treść, zakres czy sposób przygotowania oferty są prawidłowe i w taki sposób powinny być traktowane (np. nie zgodzi się na poprawienie treści jego oferty) lub udowodnione mu zostanie świadomie i celowe sporządzenie oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego (co w praktyce obrotu jest nieomal niewykonalne).

Jednakże w dalszej kolejności należy podkreślić znaczenie rozwinięcia, niejako definiens'u, pojęcia omyłki wskazanego w powołanym przepisie. Otóż omyłka taka ma polegać na niezgodności treści oferty z siwz. Tymczasem nie każda omyłka wykonawcy w sporządzeniu oferty prowadzi od razu do niezgodności z treścią siwz. Na przykład skutkiem niektórych omyłek będzie sporządzenie oferty być może niezgodnie z rzeczywistą intencją wykonawcy, ale nawet w ten „błędny” sposób sporządzona oferta nie stanie się niezgodna z siwz i tym samym nie będzie omyłką w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – nie będzie możliwa do poprawienia na podstawie tego przepisu.

Przy czym w ślad za powyższym wskazać należy na czym ma i może polegać niezgodność oferty z siwz w rozumieniu przepisów ustawy (sankcjonowana w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). Mianowicie dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie pomieszczone w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie, jakie jej postanowienia czy fragmenty, nie są zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi i skwantyfikowanymi fragmentami czy normami

siwz. Zaznaczyć przy tym należy, iż w świetle art. 82 ust. 2 Pzp nie ma i nie może być żadnej innej, „domniemanej” czy „rzeczywistej” treści oferty niż wyrażona na piśmie w samej ofercie. Bez znaczenia pozostają tu intencje wykonawcy, które nie znalazły odzwierciedlenia w treści oferty. Powyższemu nie przeczą znajdujące zastosowanie do ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, reguły interpretacji oświadczeń woli wyrażone w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, gdzie stanowi się, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje. Zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje w przetargach publicznych warunkowane przez zasady wyrażone w przepisach stanowiącej *lex specialis* w stosunku do regulacji Kc, ustawy (pisemność, konkurencja, równe traktowanie wykonawców) prowadzą do konieczności literalnej, ścisłej i przejrzystej wykładni treści ofert. Tym bardziej w przypadku gdy pisemna treść ofert jest jasna, zbędne staje się badanie rzeczywistych intencji wykonawcy składającego ofertę.

Następną przesłanką warunkującą możliwość poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest istotność zmian w treści oferty, którą poprawka taka pociąga, tzn. ww. przepis zakazuje dokonywania zmian istotnych. Pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. Niezależnie od jasności słownikowych definicji samego pojęcia „istotności” oraz definiowanej a contrario „nieistotności” oraz możliwości pewnego wskazania przykładowych desygnatów pod owe pojęcia podpadających, w praktyce stosowania prawa zawsze występowały będą pograniczne przypadki, których kwalifikacja pozostawała będzie sporna i niepewna. Ze wskazaną nieostrością pojęcia wiąże się więc niemożliwość wytyczenia abstrakcyjnej i generalnej dla wszystkich sytuacji delimitacji zastosowań i kwalifikacji zmian w ofertach jako istotne lub nieistotne. Decyzja w przedmiocie rozgraniczenia i tym samym możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich *essentialiae negotii*. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia, jednakże pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian.



Ostatnią, wprost niewyrażoną, ale wyprowadzaną z treści pkt 3 ust. 2 art. 87 Pzp przesłanką poprawienia oferty jest wiedza zamawiającego, na którym obowiązek poprawiania ofert na mocy ww. przepisu spoczywa, w przedmiocie sposobu w jaki daną ofertę poprawić. Przyjąć należy, iż wiedza tego typu winna wynikać z treści samej oferty (np. porównania sprzeczności w ofercie zawartych, oceny charakteru niezgodności, ustalenia i wykorzystania części prawidłowych danych w ofercie zawartych), ewentualnie, jednakże w ograniczonym zakresie, może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zd. 2. Pzp W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może *de facto* stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji. W szczególności przy zmianie oferowanego świadczenia zamawiający nie może polegać tylko na oświadczeniu wykonawcy w jaki sposób jego ofertę należy poprawić, a bez dodatkowych, niejako obiektywnych, przesłanek w tym zakresie.

Odnosząc powyższe uwagi do oferty Konsorcjum MBS i dokonanego przez zamawiającego jej poprawienia nie można wykluczyć, iż przy jej sporządzaniu wykonawca popełnił omyłkę i przygotował ją niezgodnie z własnymi intencjami, jednakże w tym przypadku nie jest to żadna z omyłek, o których mowa w przepisach art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp (co jest pomiędzy stronami bezsporne), ani nie zachodzą przesłanki zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Po pierwsze, i przede wszystkim, nie ma w tym przypadku żadnej niezgodności literalnie wyrażonej w formularzu ofertowym treści oferty (ceny) z siwz. Zamawiający żądał wskazania miesięcznej ceny ofertowej i wykonawca w swojej ofercie zaznaczył, iż podaje cenę miesięczną. Nie zmienił formularza ofertowego, nie sporządził go w taki sposób, aby wynikało zeń, iż wbrew wymaganiom tam zawartym podaje cenę za całość przedmiotu zamówienia (w takiej sytuacji rozważenie możliwości poprawienia powstającej w ten sposób niezgodności treści oferty z siwz byłoby jak najbardziej zasadne). Po prostu zgodnie z możliwością dowolnego wypełnienia wykropkowanego miejsca w formularzu wpisał tam kwotę, której, jak sam zaznaczył, zażądał za miesiąc wykonywania usługi („oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia za ryczałtową miesięczną cenę...”). Wypełnienie formularza ofertowego zgodnie z wymaganiami

zamawiającego, w sposób który siwz dopuszcza, może być co najwyżej uznane za własną omyłkę wykonawcy skutkującą podaniem ceny innej niż zamierzał (podobnie Izba w wyroku z dnia 24 listopada 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1444/11 oraz Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 15 stycznia 2010 r. sygn. akt XII Ga 420/09), a nie za omyłkę w rozumieniu przepisów art. 87 ust. 2 pkt 1-3, w szczególności za niezgodność ceny oferowanej z treścią siwz. Oferta pozostawała więc ważna i zgodna z siwz, i jako taką należało przyjąć ją do oceny i porównania ofert (z ceną którą w niej podano).

Na marginesie można tu dodać, iż w przypadku gdy wykonawca w rzeczywistości nie wiedział jaką cenę ma w formularzu ofertowym podać, a w szczególności jeżeli uważał, że należy podać cenę globalną (np. ze względu na domniemane sprzeczności i niejasności postanowień siwz w tym przedmiocie, powstające np. ze względu na podstawę obliczania wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub wskazany w siwz sposób obliczenia ceny), to mógł o powyższe zamawiającego przed terminem składania ofert zapytać, skorzystać ze środków ochrony prawnej w tym zakresie lub mógł wreszcie przygotować formularz ofertowy w sposób, który uznawał za prawidłowy, a nie w ślad za zamawiającym powielać i deklorować, że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia za wskazaną cenę miesięczną.

Brak również wypełnienia pozostałych przesłanek zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wbrew sugestiom przystępującego postulowana zmiana nie polegałaby tylko na zmianie sposobu prezentacji ceny (z taką zmianą mielibyśmy do czynienia gdyby z treści oferty rzeczywiście wynikało, iż podaje się tam niezgodnie z siwz cenę za całość realizacji zamówienia a nie za miesiąc), ale sprowadzałaby się do zmiany jednej ceny za miesiąc realizacji usługi podanej w ofercie na cenę inną. Zarówno w przypadku 1 i 2 części zamówienia byłoby to 36-krotne obniżenie ceny ofertowej. Trudno zmianę o takiej skali uznać za nieistotną. Dodatkowo cała wiedza zamawiającego w przedmiocie właściwego sposobu poprawienia ceny ofertowej pochodziła w istocie z deklaracji wykonawcy w tej sprawie.

W związku z powyższym należało uznać za zasadną podnoszoną w treści odwołania bezprawność wyboru oferty, o treści zmienionej bezpodstawnie w oparciu o dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jak i niemożliwość poprawienia zaoferowanej ceny na podstawie innych przepisów art. 87 ust. 2 ustawy.

Jednakże biorąc pod uwagę fakt opisanego powyżej braku niezgodności treści oferty z siwz Izba stwierdziła niedopuszczalność żądania jej odrzucenia na podstawie art. 89

ust. 1 pkt 2 Pzp, a także brak przesłanek zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy wskazującej na odrzucenie oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny (nie wiadomo w tym przypadku na czym wskazywany przez odwołującego błąd w obliczeniu ceny miałby polegać).

Natomiast podstawą odrzucenia oferty ze względu na przeprowadzone przez zamawiającego i kwestionowane w odwołaniu poprawienie treści oferty winien być przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp. Wobec stwierdzonego braku możliwości dokonania zmian treści oferty w oparciu o przepisy art. 87 ust. 2 pkt 1-3 Pzp w mocy pozostaje zakaz dokonywania jakichkolwiek jej zmian. Tymczasem zamawiający wraz z przystępującym (zamawiający bezpodstawnie poprawiając treść oferty, a wykonawca wyrażając na taką zmianę zgodę) przez niejako prawomocne wykonanie tego typu czynności, doprowadzili do niezgodności treści oferty z przepisami ustawy. Zmieniona treść oferty, co do której zamawiający oraz przystępujący trwają na stanowisku, iż jest jej treścią właściwą, jest niezgodna z przepisem art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp. Tym samym wobec braku możliwości jej prawidłowej, dalszej czy uprzedniej, korekty na podstawie wskazanych wyżej przepisów, należało uznać ww. ofertę za podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

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