

WYROK

z dnia 22 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Dawid Wypych

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 lipca 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 17 lipca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **STUDIOTECH POLAND sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa torów kamerowych HD oraz obiektywów do studnia S5* (nr postępowania ZP/TITT/35/2015)

prowadzonym przez zamawiającego: **Telewizja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **4Visions sp. z o.o. sp. k z siedzibą w Warszawie** – zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża **odwołującego – STUDIOTECH POLAND sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. 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 – Telewizja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”}, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pn. *Dostawa torów kamerowych HD oraz obiektywów do studnia S5* (nr postępowania ZP/TITT/35/2015).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2015/S_092-165050 z 13 maja 2015 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.tvp.pl}, na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

2 lipca 2015 r. Zamawiający przekazał faksem Odwołującemu – STUDIOTECH POLAND sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Studiotech”} zawiadomienie rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez 4Visions sp. z o.o. sp. k z siedzibą w Warszawie {dalej również: „4Visions”}.

10 lipca 2015 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania odrzucenia oferty 4Visions.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy 4Visions jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. Art. 91 ust 1 – przez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, a jednocześnie zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.
3. Art. 7 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu.
4. {z ostrożności procesowej} Art. 87 ust. 2 pkt 1, art. 87 ust. 2 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 3 – przez dokonanie z naruszeniem przepisów ustawy pzp czynności poprawienia w ofercie Wykonawcy 4Visions liczby oferowanych urządzeń jako oczywistej omyłki pisarskiej lub

oczywistej omyłki rachunkowej lub innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z treści SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, mimo braku możliwości zakwalifikowania stwierdzonej niezgodności do tych kategorii omyłek.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Odrzucenia oferty wykonawcy 4Visions.
2. Dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania {pominięto rozważania dotyczące stosowania art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp, gdyż odwołanie odnośnie naruszenia tych przepisów nie zostało podtrzymane}.

Odwołujący zrelacjonował, że 15 maja 2015 r. Zamawiający dokonał zmiany SIWZ dotyczącej m.in. tabeli zawartej w pkt 3 załącznika nr 1 do SIWZ pn. Formularz oferty oraz tabeli zawartej w załączniku nr 4 do wzoru umowy pn. Specyfikacja cenowa, polegającej na zmianie liczby kompletów obiektów standardowych z 2 na 4 (poz. 5 w obu tabelach) oraz zmianie liczby kompletów obiektów szerokokątnych z 5 na 3 (poz. 6 w obu tabelach). Zamawiający udostępnił również poprawiony formularz ofertowy, a w informacji o zmianie zaznaczył, że złożenie oferty na nieaktualnym formularzu będzie skutkowało jej odrzuceniem.

Odwołujący podał również, że w tabeli zawartej w pkt 3 wypełnionego formularza ofertowego Wykonawca 4Visions zaoferował 3 komplety obiektów standardowych (poz. 5 tabeli) oraz 4 komplety obiektów szerokokątnych (poz. 6 tabeli).

Odwołujący zarzucił, że oferta 4Visions nie odpowiada treści SIWZ, gdyż liczba kompletów zaoferowanych urządzeń jest odmienna od wymaganej przez Zamawiającego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że tabela zawarta w formularzu ofertowym ma znaleźć odzwierciedlenie w tabeli załącznika nr 4 do umowy – specyfikacji cenowej, którą (zgodnie z instrukcją zawartą w projekcie załącznika nr 4 do umowy) należy wypełnić zgodnie z ofertą wykonawcy. Jednocześnie w żadnym innym miejscu projektu umowy oraz załączników do niej (w tym załącznika nr 1 pn. Opis przedmiotu zamówienia) nie ma postanowień dotyczących ilości dostarczanego sprzętu. Odwołujący wywiódł, że tabela zawarta w formularzu ofertowym jest jedynym i wyłącznym źródłem zobowiązania Wykonawcy w zakresie ilości oferowanego sprzętu, co wyklucza możliwość sanowania lub zmiany przedmiotowych postanowień, np. w drodze wykładni na gruncie sprzecznych postanowień, gdyż w tym stanie faktycznym treść zobowiązania Wykonawcy jest jednoznaczna.

Ponadto zdaniem Odwołującego:

– tabela zawarta w formularzu ofertowym *stanowi podstawę szacowania ceny oferty, a zatem*

oferując odmienne ilości urządzeń Wykonawca nie mógł rzetelnie skalkulować ceny ofertowej;

– z uwagi na różną ilość oferowanych urządzeń *oferta Wykonawcy jest pozbawiona przymiotu porównywalności w odniesieniu do prawidłowo złożonej oferty Wykonawcy.*

Według Odwołującego zaofierowanie niewłaściwej liczby kompletów obiektów standardowych i szerokokątnych nie mogło kwestią pomyłki, lecz świadomym zabiegiem Wykonawcy, gdyż zarówno w pierwotnym, jak i zmodyfikowanym formularzu ofertowym kolumna oznaczona jako „ilość” nie podlegała wypełnieniu przez wykonawców, gdyż była z góry wypełniona przez Zamawiającego. Składając ofertę wykonawcy nie byli zatem zobowiązani ani uprawnieni do modyfikacji w tym zakresie treści formularza.

Odwołujący stwierdził, że nie wie, czy Zamawiający dokonał poprawienia omyłki w ofercie Wykonawcy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1, 2 lub 3 ustawy pzp.

Wedle wiedzy Odwołującego Zamawiający nie poinformował o tym Wykonawcy, jak również nie wzywał go do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust 1 pzp, co *per se* może przesądzać, że czynność wyboru oferty Wykonawcy, jako niezgodnej z treścią SIWZ, dokonana została z naruszeniem przepisów ustawy pzp.

Według Odwołującego podnoszona niezgodność nie stanowi innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, czyli polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, z następujących powodów.

Liczba oferowanych obiektów stanowi *essentialia negotii* przyszłej umowy oraz stricte merytoryczną treść oferty. Przedmiotowa omyłka – o ile rzeczywiście jest wynikiem błędu – nie może być uznana za niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, skoro zmienia istotę zobowiązania Wykonawcy.

Wskazane ilości urządzeń stanowią podstawę do szacowania ceny oferty. Zarazem stanowią podstawę do wyliczeń ceny jednostkowej i łącznej w specyfikacji cenowej (załącznik nr 4 do projektu umowy). Poprawienie ilości oferowanych obiektów bez zmiany oferowanej ceny brutto spowoduje zatem *implicite* zmianę jednostkowych cen poszczególnych obiektów, co w istocie stanowiłoby renegocjację oferty.

Przyjęcie założenia, że wbrew treści oferty Wykonawca dokonał kalkulacji ceny ofertowej w oparciu o właściwe ilości urządzeń, byłoby w okolicznościach sprawy bezpodstawne i wykraczające poza ramy wiedzy i kompetencji Zamawiającego.

Poprawienie tej niezgodności oferty z SIWZ stanowi niedozwoloną zmianę treści oferty, gdyż inny przedmiot świadczenia był oferowany przed dokonaniem poprawienia, a inny – po poprawieniu {w odwołaniu powołano się na wyrok Izby z 3 stycznia 2013 r. (sygn.

akt KIO 2753/12}}.

Na skutek przekazania przez Zamawiającego 10 lipca 2015 r. kopii odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło 13 lipca 2015 r. w formie pisemnej zgłoszenie przez 4Visions sp. z o.o. sp. k z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania, a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tego przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Również na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępującego nie zostały złożone wnioski o odrzucenie odwołania.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowisko.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego do postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, piśmie Przystępującego z 21 lipca 2015 r., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę, która została sklasyfikowana na drugim miejscu. Odwołujący, kwestionując zaniechanie odrzucenia wybranej oferty, wykazał zatem, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż pozbawiony został w ten sposób

możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba stwierdziła, że okoliczności faktyczne przedstawione w odwołaniu wymagają sprostowania lub uzupełnienia w następującym zakresie.

Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę wraz z instalacją: 7 kompletów torów kamerowych HD (w skład każdego z kompletów wchodzi: kamera HD z przetwornikiem 3xCCD 2/3", wizjer kolorowy w technologii LCD lub OLED o przekątnej nie mniejszej niż 7", adapter do statywu kamerowego, stacja bazowa i pulpit zdalnego sterowania wraz z niezbędnymi kablami sterującymi o długości min. 45 m – max 50m) wraz z 1 kompletem systemu centralnego pulpitu sterującego, dodatkowymi akcesoriami (wizjer typu lupa, słuchawki, mikrofon z uchwytem do kamery – od 3 do 4 sztuk lub kompletów), kabli hybrydowych (5 rodzajów w liczbie sztuk od 2 do 7, niektóre bez instalacji) oraz siedmiu kompletnych obiektywów kamerowych HD {pierwszy akapit, pkt 2.1, pkt 2.5, pkt 2.6 i pkt 6 opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego jednocześnie załącznik nr 4 do s.i.w.z. i załącznik nr 1 do wzoru umowy}.

W tabeli formularza oferty zostało to rozpisane na 7 pozycji: 1. *Kamera* – 7 szt., 2. *Stacja bazowa* – 7 szt., 3. *Pulpit zdalnego sterowania* – 7 szt., 4. *Centralny pulpit sterujący* – 1 szt., 5. *Obiektyw standardowy* – 4 kpl., 6. *Obiektyw szerokokątny* – 3 kpl., 7. *Pozostałe komponenty torów kamerowych i obiektywów zgodnie z Opiszem przedmiotu zamówienia – Zgodnie z Opiszem przedmiotu zamówienia.*

Liczba kompletów torów kamerowych, obiektywów standardowych i obiektywów szerokokątnych została także wskazana w opisie przedmiotu zamówienia w pkt 7.

Przy szacowaniu wartości przedmiotu zamówienia wyróżniono dwie pozycje: 1. tor kamerowy – 7 kpl., cena jednostkowa 240.327,00 zł (brutto 295.602,21 zł), wartość 1.682.289,00 zł (brutto 2.069.215,47 zł); 2. obiektyw – 7 kpl., cena jednostkowa 94.400,00 zł (116.112,00 zł), wartość 660.800,00 zł (brutto 812.784,00 zł), co łącznie dało kwotę 2.343.089,00 zł (brutto 2.881.999,47 zł) {dokument oszacowanie wartości zamówienia z 6 marca 2015 r.}.

Wymagania szczegółowe dla obiektywu HD standardowego i szerokokątnego są takie same w zakresie większości parametrów, spośród parametrów technicznych różni je najkrótsza ogniskowa (nie większa odpowiednio niż 7,6 mm i 4,5 mm), krotność transfokacji (nie mniej odpowiednio niż 21x i 14x) i minimalna odległość od obiektu M.O.D. (nie więcej niż odpowiednio 0,85 m i 0,3 m) {pkt 4 i 5 opisu przedmiotu zamówienia}.

W formularzu oferty należało podać ryczałtową cenę brutto (z podatkiem VAT) za realizację całego zamówienia {pkt 6.1 s.i.w.z.}. Oprócz wpisania tak określonej ceny w pkt 1 formularz oferty przewidywał podanie w tabeli zamieszczonej w pkt 3 producenta i typu/modelu dla poz. od 1 do 6.

Załącznik nr 4 do umowy pn. Specyfikacja cenowa składa się z analogicznej jak zamieszczona w formularzu ofertowym tabeli, w której dodatkowo przewidziano kolumny na wpisanie ceny netto i wartości netto poszczególnych pozycji, a także rubryki na wpisanie łącznej wartości netto, kwoty podatku VAT i wartości brutto. Z uwag zamieszczonych u dołu wynika, że kolumny dotyczące nazwy producenta oraz oznaczenia typu/modelu podlegają wypełnieniu zgodnie ze złożoną ofertą, a wartość brutto ma być tożsama z ceną brutto złożonej oferty. Ze specyfikacji, w tym z wzoru umowy, nie wynika skąd zostaną wzięte dane do wpisania cen jednostkowych i wartości poszczególnych pozycji.

Formularz oferty był udostępniany przez Zamawiającego na stronie internetowej w formie edytowalnego pliku {okoliczność bezsporna}.

Formularz oferty złożony przez 4Visions uwzględnia również dokonaną 15 maja 2015 r. zmianę s.i.w.z. polegającą na zmianie brzmienia opisu nazwy urządzenia w poz. 7 tabeli z: *Pozostałe komponenty toru kamerowego zgodnie z Opiszem przedmiotu zamówienia* na: *Pozostałe komponenty torów kamerowych i obiektywów zgodnie z Opiszem przedmiotu zamówienia*.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty.

4Visions zaoferował wykonanie całego zamówienia za cenę brutto 2.798.155,29 zł oraz udzielenie 36-miesięcznej gwarancji na wszystkie urządzenia z grupy torów kamerowych i obiektywy. W zakresie obiektywów zaoferowano obiektywy marki Fujinon typ/model: HA23x7.6BERD (standardowy) i HA14x4.5BERD (szerokokątny) {oferta 4Visions}.

Studiotech zaoferował wykonanie całego zamówienia za cenę brutto 2.798.154,72 zł oraz udzielenie 24-miesięcznej gwarancji na wszystkie urządzenia z grupy torów kamerowych i obiektywy {oferta Studiotech}.

Żadna z ofert nie zawiera innych danych cenowych niż łączna cena oferty. Pod względem oferowanego asortymentu oferty różnią się w zakresie zaoferowania obiektywów innych producentów i typów/modeli {oferty złożone w postępowaniu}.

Pismem z 29 czerwca 2015 r. Zamawiający zawiadomił 4Visions, że w wyniku

badania oferty stwierdził w jej treści niezgodności z s.i.w.z., które podlegają poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Zamawiający poinformował o poprawieniu w tabeli znajdującej się w pkt 3 formularza ofertowego – w poz. 5 (obiektów standardowy) liczby kompletów z 3 na 4, a w poz. 6 (obiektów szerokokątny) liczby kompletów z 4 na 3.

Pismem z 30 czerwca 2015 r. 4Visions zawiadomił zamawiającego o wyrażeniu zgody na takie poprawienie omyłek.

Zarówno przed, jak i po poprawieniu oferta 4Visions obejmowała łącznie 7 kompletów obiektów.

Po ocenie według kryteriów oceny ofert przewidzianych w s.i.w.z. {1) cena brutto – 96%; 2) termin gwarancji na wszystkie urządzenia z grupy torów kamerowych – 2%; 3) termin gwarancji na obiektywy – 2%} oferta 4Visions uzyskała 100 pkt (96,00 + 2,00 + 2,00), a oferta Studiotech – 98,00 pkt (96,00 + 1,00 + 1,00).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Z tego ostatniego przepisu wynika, że zamawiający poprawia w ofercie inne {niż oczywiste pisarskie i rachunkowe} omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została odrzucona.

Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo dokonał w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp poprawienia oferty Przystępującego, a zatem wszystkie zgłoszone w odwołaniu zarzuty są bezzasadne, gdyż Zamawiający nie naruszył żadnego z przepisów wymienionych tam przepisów.

Na wstępie rozważyć należy zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty należy rozumieć jako merytoryczną zawartość oświadczenia woli

odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaofiarowanego przez wykonawcę świadczenia z przedmiotem zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, natomiast samo rozumienie terminu *oferta* należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi przy tym wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia czy innymi wymaganiami precyzującymi zakres świadczenia oczekiwanego przez zamawiającego. Nie ulega również wątpliwości, że niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 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 s.i.w.z.

Jednakże nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. Zaniechanie takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, co nie zapewnia rozstrzygnięcia postępowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Należy zauważyć, że intencją ustawodawcy przy wprowadzaniu aktualnie obowiązującego brzmienia art. 87 ust. 2 pzp było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy pzp, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego

rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to z wprost uzasadnienia do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych: *W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich 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. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.*

Zgodnie ze stanowiskiem wielokrotnie wyrażanym w orzecznictwie Izby celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie) {vide np. wyrok Izby z 23 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 522/11)}. W orzecznictwie Izby podkreślono również, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert, przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych

ofert, a drugiej – zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej artykułowane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oczekiwania {vide wyrok Izby z 26 lutego 2013 r. (sygn. akt KIO 354/13)}.

W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, czyli dotyczących niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, z przepisu tego wprost wynika, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Oczywiście jest zatem, że w wyniku zastosowania tego przepisu każdorazowo następuje zmiana treści oferty. Natomiast granicą dopuszczalności takiej zmiany jest to, aby nie miała ona istotnego charakteru. Przy czym ocena tej kwestii jest uzależniona od okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji co do treści składanej oferty. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, zmiana zakresu przedmiotu świadczenia lub oba te czynniki występujące jednocześnie. Przede wszystkim jednak dla oceny istotności wprowadzanych zmian znaczenie ma ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia. Na powyższe uwarunkowania zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09): *W ocenie Sądu Okręgowego nie ulega jednak kwestii, iż ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia. Nadto należy zaznaczyć, że poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Innymi słowy kwantyfikator „istotnych zmian” należy w ocenie sądu odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty.*

Jednocześnie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie ogranicza możliwości dokonywania zmian z punktu widzenia tego, czy dotyczą przedmiotowo lub podmiotowo istotnych albo nieistotnych elementów oferty, gdyż granicą dopuszczalności zmian jest to, aby nie prowadziła ona do znaczącej ingerencji w treść oferty, która spowodowałaby wytworzenie przez zamawiającego zupełnie nowej treści oświadczenia woli w stosunku do złożonego przez wykonawcę. Jak to słusznie wskazano w wyroku z 13 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2810/11): *[w] orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się*

np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialia negotii (np. w celu uniknięcia tzw. „kazu lamp na obwodnicy Wrocławia”, czyli odrzucania ofert z powodu drobnych błędów w ich treści). Podobne stanowisko Izba zajęła w wyroku z 24 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO 2490/10) czy w wyroku z 28 września 2010 r. (sygn. akt KIO 1978/10).

Izba podziela również stanowisko {wyrażone już w wyroku Izby z 5 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 959/09)}, że rozumienie „innej omyłki” z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażen lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może nawet wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca może więc sporządzić ofertę z pełną świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią s.i.w.z. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich nieistotności, również podlegają poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, w tym przypadku zmiany przekonania wykonawcy co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanym poprawieniu omyłki i ewentualny brak wyrażenie zgody, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 pzp jako podstawie do odrzucenia oferty, niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie. Można tutaj dodać, że taka interpretacja omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp pozostaje również w zgodzie ze słownikowym rozumieniem słowa „omyłka”, które oznacza *sposzrzeżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, błąd w postępowaniu, rozumowaniu itp.* {*Słownik języka polskiego pod red. Witolda Doroszewskiego*, Wydawnictwo Naukowe PWN, dostępny na stronie <http://sjpd.pwn.pl>}.

Odnosnie celowości złożenia oferty o treści niezgodnej z s.i.w.z. jako przeszkody w dokonaniu ich uzgodnienia, zauważyć należy, że art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie wprowadza wprost takiej negatywnej przesłanki. Wykazanie jej wystąpienia w większości przypadków byłoby zresztą niezwykle trudne, o ile nie niemożliwe. Należy zauważyć, że złożenie oferty – co do zasady – stanowi *de facto* zaakceptowanie przez wykonawcę jednostronnie określonych przez zamawiającego oczekiwań co do zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Stąd jako zasadę należy przyjąć, że wykonawca podejmując decyzję o uczestnictwie w postępowaniu i złożeniu w nim oferty chce przez to uczynić zadość postawionym w postępowaniu wymaganiom, w szczególności co do przedmiotu zamówienia, aby oferta odpowiadała treści s.i.w.z. W konsekwencji – jeżeli jakieś konkretne okoliczności dobitnie nie

wskazują, że jest inaczej – należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, a zatem z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Natomiast nie zawsze wykonawcom udaje się, z różnych względów, złożyć ofertę, której treść jest w pełni zgodna z treścią s.i.w.z. i wtedy obowiązkiem zamawiającego jest rzetelne rozważenie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Nie sposób zaakceptować stanowiska, że sam fakt złożenia oferty nie w pełni zgodnej z s.i.w.z. jest dowodem woli złożenia przez wykonawcę oferty niezgodnej z s.i.w.z, gdyż wtedy przepis ten pozostałby martwy.

Do rangi zasady wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp podnoszona jest również możliwość samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłki, bez udziału wykonawcy. Jest to jednak wypracowana w orzecznictwie wskazówka, zmierzająca do wytyczenia bezpiecznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż przepis ten wprost takiej przesłanki nie formułuje. Niewątpliwie stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia wynikającego z art. 87 ust. 1 pzp zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty oraz gwarantuje zachowanie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi (art. 7 ust. 1 pzp). Zdaniem składu orzekającego Izby nie oznacza to jednak braku możliwości uprzedniego zastosowania instytucji wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Wręcz przeciwnie, skorzystanie przez zamawiającego z art. 87 ust. 1 pzp może być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla ustalenia w jaki sposób należałoby ją poprawić. Zdaniem składu orzekającego Izby należy tu odróżnić dopuszczalne skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy nie należy utożsamiać z brakiem możliwości uwzględnienia informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień.

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na okoliczności rozstrzyganej sprawy, stwierdzić należy, że możliwość poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp oferty 4Visions nie powinna budzić żadnych wątpliwości Odwołującego, który nie był nawet w stanie ustalić zaistniałego stanu rzeczy odnośnie czynności podjętej przez Zamawiającego.

W pierwszej kolejności zaznaczyć należy, że stosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie

można wyłączyć na drodze postanowienia s.i.w.z. Wobec tego uwagę zamieszczoną na końcu pisma Zamawiającego z 15 maja 2015 r. należy odczytywać jako ostrzeżenie, że złożenie oferty na nieaktualnym formularzu może spowodować odrzucenie oferty, jeżeli niemożliwe będzie zastosowanie tego przepisu.

Okoliczność, że na wzorze przygotowanym przez Zamawiającego kolumna określająca liczbę urządzeń została przez niego wypełniona, nie przekreśla możliwości popełnienia przez Przystępującego omyłki przy korzystaniu z edytowalnego wzoru formularza po zmianach z 15 maja 2015 r., polegającej na zamianie liczby kompletów pomiędzy poz. 5 a 6. W szczególności sposób przygotowania wzoru formularza przez Zamawiającego nie jest żadnym dowodem potwierdzającym, że nie mogło tu dojść do omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, która ma szczególny charakter i polega po prostu na niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., niezależnie od przyczyny. Przede wszystkim, jak już powyżej wskazano, nie ma większego znaczenia, czy Przystępujący miał świadomość ostatecznego kształtu postanowień s.i.w.z., a pomylił się przy wypełnianiu formularza, czy też sporządził formularz w błędnym przekonaniu, że odpowiada on w pełni treści s.i.w.z.

Decydujące znaczenie ma nieistotny charakter powstałej niezgodności, gdyż jej poprawienie nie spowodowało znaczącej zmiany treści oferty, a wręcz marginalną. Odwołujący przemilczał, że obiektywy stanowią jedynie część zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia. Odwołujący usilnie stara się również nie dostrzegać, że zarówno przed poprawieniem, jak i po oferta Przystępującego obejmowała 7 kompletów obiektywów, tyle że z odwrotnie przypisaną liczbą kompletów przypadających na typ standardowy i szerokokątny. Z poczynionych ustaleń faktycznych wynika ponadto, że wymagania dla obu typów obiektywów, w tym w zakresie ich ukompletowania, były analogiczne, a według najlepszej wiedzy Zamawiającego, jak należy sądzić profesjonalisty w tym zakresie, ich ceny nie odbiegają od siebie. Odnośnie obiektywów marki Fujinon zaoferowanych przez Przystępującego potwierdza to pismo przedstawiciela producenta – FujiFilm Europe GmbH.

Bezprzedmiotowe są zatem twierdzenia Odwołującego, jakoby popełniona omyłka uniemożliwiała rzetelne skalkulowanie ceny ofertowej, a jej poprawienie powoduje zmianę cen jednostkowych poszczególnych typów obiektywów. Obie złożone oferty, zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego wyrażonym w s.i.w.z., zawierają wyłącznie ryczałtową cenę za realizację całości przedmiotu zamówienia, a zatem żadna z ofert nie zawiera informacji na temat cen jednostkowych którejkolwiek z sześciu pozycji formularza ofertowego. Wypełnienie w tym zakresie tzw. specyfikacji cenowej z założenia musi się zatem opierać na informacjach spoza oferty, podanych przy zawarciu umowy, niezależnie od tego, która

z ofert zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Nie wiadomo zatem, w jaki sposób poprawienie omyłki bez zmiany ceny oferty miałyby prowadzić do renegotjacji poszczególnych cen jednostkowych, których w ofercie w ogóle nie ma.

Z kolei sposób poprawienia był oczywisty i został zastosowany przez Zamawiającego.

Podkreślić należy, że w przypadku tej niezgodności nie zachodziła potrzeba wzywania do wyjaśnień – Zamawiający był w stanie zarówno samodzielnie ją zidentyfikować, a także nie mógł mieć wątpliwości, jak należałoby ją poprawić, co potwierdza treść zawiadomienia przesłanego do Przystępującego.

Izba uznała za nieadekwatne powołanie się w odwołaniu wyrok Izby z 3 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2753/12), gdyż zapadł on w zupełnie odmiennym stanie faktycznym, w którym zamawiający poprawił gorszą kategorię korozyjności blach wskazaną w ofercie na lepszą, co zostało uznane za niedopuszczalną zmianę przedmiotu świadczenia.

Bez znaczenia dla rozstrzyganej sprawy, w tym zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 pzp, jest postępowanie Zamawiającego w innym prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż kognicji Izby w tej sprawie podlega jedynie czynność podjęta w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym zostało wniesione odwołanie. Tym niemniej z przedstawionego przez Odwołującego zawiadomienia wynika, że jego omyłka w tamtym postępowaniu polegała na pominięciu dodanej przez Zamawiającego pozycji sprzętu, która miała istotny charakter. Jeżeli Odwołujący nie zgadzał się z decyzją Zamawiającego, mógł i powinien złożyć w tamtym postępowaniu odwołanie.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 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) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący: