

# Omyłki i błędy w ofertach wykonawców - analiza na przykładzie orzecznictwa sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej

Zasadą wynikającą z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jest brak możliwości dokonywania zmian w treści złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty po upływie terminu wyznaczonego do składania ofert (arg. z art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych – t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm. – zwanej dalej „ustawą Pzp”). Od tej zasady ustawa przewiduje dwa wyjątki:

- pierwszy - dotyczy trybu dialogu konkurencyjnego, w którym wykonawca może sprzecyzować i doprecyzować treść oferty oraz przedstawić informacje dodatkowe,
- drugi - możliwości poprawiania przez zamawiającego omyłek określonych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Stosownie do treści przepisu art. 87 ust. 2 ustawy 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.

Brdmienie tej regulacji nie pozostawia wątpliwości co do braku swobody zamawiającego w zakresie poprawiania omyłki, jeśli tylko zaliczyć ją można do katalogu określonego w przywołanym wyżej przepisie. Nie jest przy tym konieczne podjęcie przez wykonawcę działań w tym celu. Poprawienie przez zamawiającego oczywistych omyłek pisarskich oraz rachunkowych i konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek nie wymaga uzyskania zgody wykonawcy. Wykonawca może nie wyrazić zgody na poprawienie przez zamawiającego innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Oświadczenie w tym zakresie musi złożyć w terminie 3 dni od dnia otrzymania o dokonaniu poprawki w treści jego oferty.

## Oczywiste omyłki pisarskie

Ustawa Pzp nie zawiera definicji oczywistej omyłki pisarskiej. Pojęcie to było wielokrotnie definiowane w orzecznictwie sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej. Oczywistą omyłką pisarską, zdaniem Sądu Okręgowego w Gdańsku<sup>1</sup>, jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Oczywistą omyłką pisarską jest nie tylko taka omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, ale również taka, którą można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty<sup>2</sup>. Istotne jest przy tym, żeby w wyniku poprawiania oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniała się treść oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy.

W wyroku z dnia 31 stycznia 2014 r. Krajowa Izba Odwoławcza uznała za omyłkę pisarską w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp niezamierzone, wyraźne opuszczenie w danym dokumencie jednego, a nawet kilku wyrazów. W sprawie będącej przedmiotem rozstrzygnięcia Izby wystąpiła, zdaniem składu orzekającego, tego rodzaju okoliczność, albowiem rozstrzygające znaczenie miała przyjęta dla całego dokumentu Formularza metoda jednolitego jego wypełniania przy zastosowaniu w każdej z pozycji prawej kolumny metody „kopiuje – wklej”. Jednocześnie Izba stwierdziła, że stosując wzór tego Formularza, wykonawca zmodyfikował szerokość kolumn tak, że kolumna prawa wymagająca wypełnienia przez odwołującego była węższa niż kolumna lewa opisująca wymagane parametry według specyfikacji. Konsekwencją tego, zdaniem Izby, był brak w wersji papierowej dokumentu ostatnich wyrazów z kolumny lewej. Tym samym, **sporne cztery pozycje w Formularzu, w których z powodów technicznych pominięto ostatnie wyrazy z kolumny lewej, podlegają poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp**<sup>3</sup>.

Za omyłkę pisarską Krajowa Izba Odwoławcza uznała wpisanie w ofercie błędnej pojemności silnika. W ocenie Izby stanowisko zamawiającego, że obecnie na rynku producent MAN nie dysponuje tego typu silnikiem, tj. o wskazanej pojemności 7 150 cm<sup>3</sup>, stanowi argument, przemawiający za tym, że odwołujący popełnił omyłkę pisarską, wpisując w dokumentach załącznika do swojej oferty błędne parametry pojemności silnika - w trakcie przenoszenia tych danych z dokumentu świadectwa homologacji pojazdu (świadectwa homologacji części w odniesieniu do silnika MAN E0836LOH CNG/EEV), co odwołujący wykazał - przedstawiając tę dokumentację, a także przedstawiając kartę katalogową producenta silnika - firmy MAN, określającą pojemność tak oznaczonego silnika w wielkości 6,9 litra. Izba za w pełni wiarygodne przyjęła więc podane okoliczności popełnienia omyłki w ofercie odwołującego. Z przedstawionych dokumentów wynikało, że dla tak oznaczonego silnika MAN E0836LOH, zasilanego sprężonym metanem podana była pojemność w cm<sup>3</sup> - 6 871, natomiast w pozycji powyżej, dla innego silnika, na inny rodzaj paliwa, o oznaczeniu DEUTZ została podana pojemność 7 147 cm<sup>3</sup>. W konsekwencji, w ocenie Izby, ujawniona omyłka w ofercie odwołującego winna być poprawiona przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, jako **łatwa do zauważenia omyłka pisarska**<sup>4</sup>.

Oczywistą omyłką pisarską może być również podanie przez wykonawcę ceny w ofercie **rozbieżnie liczbą i słownie**. W formularzu ofertowo-cenowym, na stronie 2 oferty, zawarto zapis: „Oferowana stawka jednemu dla jednego pacjenta wynosi: 9,85 zł netto x 170 posiłków dziennie x 365 dni w roku = 611 192,50 zł netto + 42 783,48 zł VAT (7%) = 653 975,98 brutto, słownie: sześćset siedemdziesiąt siedem tysięcy, osiemset siedemdziesiąt siedem złotych, 64/100”. Zdaniem Izby cena ofertowa podana liczbą: 653 975,98 brutto **nie budziła żadnych wątpliwości**, bowiem w formularzu ofertowo-cenowym podano sposób jej obliczenia: wynikała ona z przemnożenia dziennej stawki, ilości posiłków dziennie, ilości dni w roku oraz zastosowania stawki VAT. Z tego względu ofertę należało poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp<sup>5</sup>.

Nie można natomiast było, zdaniem Izby, w rozpatrywanej przez nią sprawie uznać za **oczywistą omyłkę pisarską wpisanie w kosztorysach nieprawidłowych materiałów**. W kilku pozycjach przedmiaru robót ostateczne ich brzmienie ukształtowane zostało w wyniku modyfikacji SIWZ. Pierwotne brzmienie przedmiarów robót wskazywało na materiały, które omyłkowo wymienili w swej ofercie odwołujący. Taka sekwencja zdarzeń, w ocenie Izby, prowadzi do wniosku, że wykonawca nie zastosował się do treści modyfikacji w wyniku omyłki, polegającej na pominięciu przy sporządzeniu oferty ww. zmiany SIWZ. Jednocześnie brak było podstaw – aby wbrew treści oferty – ustalić, że wykonawca zaferował w rzeczywistości roboty wymagane przez zamawiającego, a tylko wskutek zniekształcenia oświadczenia woli wpisał w kosztorysach nieprawidłowe materiały. Takie okoliczności faktyczne nie zostały, jak podaje Izba, wykazane żadnym dowodem. Wniosku takiego w szczególności nie można było wyprowadzić z treści oferty. Nie wskazano żadnego innego miejsca w ofercie, z którego wynikałoby, że w spornych pozycjach wykonawca de facto wycenił materiały prawidłowe, a jedynie wskutek zniekształcenia jego oświadczenia woli złożonego w formie pisemnej, nie znalazło to odbicia w kosztorysach. Izba wzięła pod uwagę również to, że omyłki natury pisarskiej w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp muszą mieć charakter oczywisty, a zatem muszą być widoczne od razu. Fakt ich popełnienia musi niejako „narzucać się” odbiorcy oświadczenia. Wniosku takiego nie można było wyprowadzić na podstawie analizy przedmiotowej oferty, gdyż wykonawca konsekwentnie wycenił w jej treści materiały niewłaściwe. Reasumując skład orzekający uznał, że **nie można przypisać omyłkom odwołującego znamion oczywistej omyłki pisarskiej** w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp<sup>6</sup>.

## Oczywista omyłka rachunkowa

Nowelizacją z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw<sup>7</sup> zrezygnowano z enumeratywnego wyliczenia rodzajów oczywistych omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny, które zamawiający może poprawić. Obecne regulacje w zakresie poprawiania oczywistych omyłek rachunkowych pozostawiają zamawiającemu znacznie szersze możliwości weryfikacji. Celem tej zmiany, co wynika bezpośrednio z uzasadnienia do projektu tej ustawy, było usprawnienie procedur udzielania zamówienia publicznego oraz zmniejszenie liczby odrzuconych ofert i unieważnianych postępowań. Uchylony przepis art. 88 ustawy Pzp może być dyrektywną w zakresie możliwych sposobów poprawiania omyłek rachunkowych.

Oczywistą omyłką rachunkową jest omyłka wynikająca z **błędnej operacji rachunkowej na liczbach**. Stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, nie tylko wtedy, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka. Tę cechę można przypisać wyłącznie omyłkom dotyczącym prostych działań na małych liczbach. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, wystarczający jest fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia<sup>8</sup>. Nie stanowi przy tym ograniczenia dla poprawy oczywistej omyłki rachunkowej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp ilość omyłek rachunkowych występujących w ofercie, ani też ich istotność.

W jednym z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca w swojej ofercie w Przedmiarze Robót PR.0 dokonał wyceny poszczególnych szesnastu pozycji tego przedmiaru zgodnie z wymogami SIWZ. Dokonane podliczenie tych wartości - suma poszczególnych pozycji przedmiaru wskazana przez tego wykonawcę nie dawała jednak prawidłowego matematycznego wyniku sumowania tych wartości. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niewątpliwie w tym przypadku mamy do czynienia z matematycznym błędem w sumowaniu poszczególnych wycenionych przez wykonawcę pozycji kosztorysu. Nieprawidłowość ta, zdaniem Izby, miała charakter oczywistej omyłki - **niezamierzonego działania ze strony wykonawcy, co nasuwało się automatycznie, samodzielnie, poprzez analizę samej oferty, bez konieczności wyjaśniania tego przez wykonawcę** i stanowiło oczywistą omyłkę rachunkową. Taką omyłkę zgodnie z przywołanym przepisem zamawiający ma obowiązek poprawić<sup>9</sup>.

Podobnie nieprawidłowe zaokrąglenie kwoty wartości podatku od towarów i usług w trzech pozycjach oferty wykonawcy, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, stanowi oczywistą omyłkę rachunkową. Zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie podkreśla się, że omyłka rachunkowa polega na uzyskaniu **błędnego wyniku wskutek przeprowadzenia działania matematycznego**. Omyłki takiej dopuścił się wykonawca, gdyż zgodnie z wynikającymi z przepisów i powszechnie przyjętymi zasadami, w okolicznościach rozpatrywanej sprawy, zaokrąglenie wartości podatku winno nastąpić do pełnej dziesiątki („w górę”). Popelniona omyłka miała charakter oczywisty, gdyż została stwierdzona samodzielnie przez zamawiającego, była bezsporna i możliwa do poprawienia bez konieczności odwoływania się do innych dokumentów postępowania<sup>10</sup>.

Natomiast, rozstrzygając sprawę dotyczącą postępowania na „Monitorowanie losów absolutentów uczelni wyższych z wykorzystaniem danych administracyjnych Zakładu Ubezpieczeń Społecznych” Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zamawiający bezpodstawnie zmienił treść oferty odwołującego w zakresie określenia jej ceny, błędnie wskazując, iż znajduje to oparcie w zapisie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp dotyczący poprawiania oczywistych omyłek rachunkowych. Zamawiający na podstawie tego przepisu poprawił omyłkę rachunkową w obliczeniu ceny oferty, poprzez obniżenia ceny całkowitej z 2.310.885,00 zł na 1.924.068,00 zł, nie wskazując, iż ma ona przymiot omyłki oczywistej, nazywając swoje działanie „korektą”. Zdaniem Izby zamawiający w sposób zupełnie nieuzasadniony przyjął, iż sposób wypełnienia tabeli cenowej formularza ofertowego przez odwołującego ma charakter omyłki, i to oczywistej. Jak wskazał skład orzekający było to zupełnie niezrozumiałe i sprzeczne z argumentacją podniesioną w odpowiedzi na odwołanie, w której zamawiający sam wskazał, że z istoty „oczywistej omyłki” rachunkowej wynika, iż jest nią **niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę, polegający na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego**. Tymczasem odwołujący konsekwentnie i niezmiennie prezentował stanowisko, iż zaferowanie za wykonanie przedmiotu zamówienia ceny w wysokości 2.310.885,00 zł, obliczonej przez zsumowanie cen za poszczególne moduły, których cena nie stanowiła zsumowania cen za poszczególne usługi, jest rezultatem jego świadomej i celowej decyzji. A zatem, nawet gdyby okazało się, że taki sposób postępowania nie mieści się w określonym przez zamawiającego sposobie obliczenia ceny, to niemożliwe byłoby poprawienie takiego błędu w obliczeniu ceny w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp<sup>11</sup>.

Inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

Trzecia grupa omyłek to omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Możliwość ich poprawiania wprowadzona została nowelizacją ustawy Pzp, która miała miejsce w 2008 r.<sup>12</sup> Celem tej regulacji – jak wynika z uzasadnienia rządowego projektu tej ustawy – było **umożliwienie poprawienia błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzenia kosztorysu ofertowego**. Intencją ustawodawcy było usprawnienie procedury udzielania zamówień publicznych, zmniejszenia liczby odrzuczonych ofert i unieważnienia postępowań. Z analizy orzecznictwa wynika, że cel powyższej regulacji został osiągnięty, bowiem liczba ofert odrzuczanych, z powodu omyłek w ich treści, uległa znacznemu zmniejszeniu.

Poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek:

- po pierwsze **zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści**; jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie: „artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp<sup>13</sup>.”
- po drugie **poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty**.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że **zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (essentialia negotii) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego**, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałyby być zmiana ceny oferty, **nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp**. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp<sup>14</sup>. Przywołany przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp określa również granice w zakresie możliwości poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wskazując, iż niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. A zatem, nie jest możliwe poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w sytuacji, w której prowadziłoby to do negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

Przeszkody w zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie stanowi, co do zasady, fakt, że **poprawiona oferta stanie się ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego**. Poprawienie omyłki nie może prowadzić bowiem do istotnej zmiany treści oferty (tj. merytorycznej zawartości oferty), a nie zmiany, która będzie miała istotne znaczenie dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do błędnego wniosku, że nie można dokonać poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jeśli skutkiem tego działania będzie uznanie jej za najkorzystniejszą<sup>15</sup>.

Wykonawca, którego oferta została poprawiona na podstawie powyższego przepisu może nie wyrazić zgody na taką zmianę, w takiej sytuacji zamawiający zobowiązany jest, stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, do odrzucenia takiej oferty. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest jedynie brak zgody, równoznaczny ze sprzeciwem na dokonanie poprawy. Przechcąc formuła użyta w dyspozycji tego przepisu wskazuje zdaniem Izby, że w każdej innej sytuacji aniżeli „nie wyrażenie zgody” przez wykonawcę, oferta nie podlega odrzuceniu. **Oferta nie podlega zatem odrzuceniu w razie czynnej akceptacji dokonanej poprawki, poprzez wyrażenie zgody jak i bezczynności wykonawcy wobec zawiadomienia zamawiającego o poprawieniu jego oferty<sup>16</sup>.**

Przykładem nieprawidłowości w ofercie, której poprawienie Krajowa Izba Odwoławcza uznała za zasadne, była omyłka w treści HRF (harmonogramu rzeczowo-finansowego) w zakresie wskazanych tam terminów. Izba przyznała rację odwołującemu, że pozostawienie niezmięnionej treści HRF w zakresie terminów realizacji Etapów Kluczowych 1-IV-2, 1-IV-3 i 2-VIII oznaczałoby, iż zobowiązał się on do świadczenia niemożliwego, tj. do uzyskania decyzji lokalizacyjnej przed uzyskaniem decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych oraz do wykonania kompletnej SIWZ przed sporządzeniem i dostarczeniem zamawiającemu kompletnej dokumentacji projektowej. Izba wskazała na możliwość dokonania powyższych zmian w treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zwracając uwagę przede wszystkim na fakt, że poprawienie omyłek nie wpłynęło na zakres świadczenia zaoferowanego przez odwołującego. Omyłkowo wskazane terminy realizacji Etapów Kluczowych 1-IV-2, 1-IV-3 i 2-VIII nie wykraczały poza termin wykonania zamówienia określony przez zamawiającego w SIWZ, jak i nie wykraczały poza terminy „częstkowe”, wskazane przez zamawiającego w HRF. Zdaniem składu orzekającego nie sposób uznać, że uwzględnienie wyjaśnień złożonych przez odwołującego i poprawienie na ich podstawie zaistniałych w jego ofercie omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp prowadziłoby w istocie do złożenia nowego oświadczenia woli ze strony odwołującego i powodowałyby istotne zmiany w treści oferty. W ocenie Izby takie działanie prowadziłoby jedynie do usunięcia wewnętrznych sprzeczności i rozbieżności w treści oferty. W takim też zakresie możliwe jest poprzeczenie poprawienia omyłek w ofercie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wystosowaniem żądania do wykonawców o złożenie wyjaśnień dotyczących treści ofert na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Nie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy miała kwestia znacznego rozbudowania przez zamawiającego HRF. Zamawiający wymagał bowiem wskazania aż 125 terminów realizacji poszczególnych Etapów Kluczowych, przy czym w 18 przypadkach wskazał, że nie mogą one przekraczać terminu przez niego ściśle określonego. Należy przy tym podkreślić, że żadna z omyłek popełnionych przez odwołującego nie dotyczy terminów Etapów Kluczowych, w których zamawiający określił maksymalną granicę zakończenia realizacji danego Etapu. Izba oceniając charakter omyłek miała na uwadze fakt, że dokonane zmiany nie wpływały w sposób istotny na treść oferty, a także że wskazywane przez odwołującego terminy mieściły się w terminie realizacji zamówienia wskazanym przez zamawiającego oraz w terminach Etapów Kluczowych, które zostały przez zamawiającego dookreślone we wzorze HRF. W ocenie Izby, poprawienie omyłek popełnionych przez odwołującego w treści oferty ma jedynie na celu usunięcie wewnętrznych sprzeczności oferty w sposób w jaki ustawodawca dopuszcza na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp<sup>17</sup>.

Podobnie w wyroku z dnia 11 marca 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zamawiający słusznie dokonał poprawy treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Skład orzekający nie podzielił zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na nieuwzględnienie przez zamawiającego, że w ofercie Konsorcjum X wskazano „okres zgłaszania wad” – 1 rok, gdy wymagania siwz przewidywały 3-letni okres zgłaszania wad, co stanowi oczywistą sprzeczność treści oferty Konsorcjum X z treścią siwz. Izba zważyła, że **zamawiający wprowadził zmiany okres zgłaszania wad w wyniku wyjaśnień treści siwz, przy czym nie dokonał w tym zakresie zmiany formularza oferty**. Jednocześnie w postępowaniu obowiązywał zakaz dokonywania przez wykonawców samodzielnie zmian w treści ww. formularza. Wobec powyższego należało, w ocenie Izby, uznać, że niezgodność treści oferty z siwz w powyższym zakresie była wynikiem sprzeczności postanowień zawartych w specyfikacji. W takim przypadku **wykonawca w żadnym razie nie mógł ponosić negatywnych konsekwencji błędnych działań zamawiającego**. Uwzględniając istotne znaczenie popełnionych przez siebie błędów, zamawiający zasadnie wyjaśnił ten element oferty i dokonał poprawy treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp<sup>18</sup>.

W wyroku z dnia 5 maja 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że pomimo faktu, iż nie ma przeszkód prawnych, które generalnie wyłączałyby możliwość poprawienia w harmonogramie omyłek polegających na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, to jednakże w przypadku zaistniałej w ofercie odwołującego niezgodności pomiędzy kwotą zaplanowaną w harmonogramie jako kwota do zapłaty, różniącą się od kwoty oferty o prawie 2 miliony złotych, czyli ponad 20% ceny oferty netto, zamawiający nie mógłby zastosować prostego poprawienia zaistniałej „omyłki”. Zgodnie z wymaganiami zamawiającego harmonogram finansowy nie mógł zawierać dowolnego podziału płatności, lecz miał odnosić się do wartości i rodzaju wykonywanych prac w poszczególnych miesiącach, tym samym zamawiający musiałby na podstawie kosztorysu, harmonogramu rzeczowego, poprawianego harmonogramu finansowego, projektu, SWTORB i innych dostępnych mu dokumentów, **dokonać analizy kolejności i kosztów planowanych przez odwołującego prac, a następnie sporządzić nowy harmonogram**, co stanowczo wykraczałoby, w ocenie Izby, poza dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp<sup>19</sup>.

Z analizy orzecznictwa wynika, że tryb poprawiania omyłek określony w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wykorzystywany jest bardzo często do **korygowania nieprawidłowości w kosztorysach ofertowych**. Poprawienia mogą podlegać wadliwie podane elementy kalkulacyjne, w tym ilości lub wymiary dla poszczególnych pozycji kosztorysowych – **zarówno nie mające wpływu, jak również mające wpływ na cenę całkowitą oferty, czy cenę jednostkową**, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty, z ewentualnym uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

W wyroku z dnia 5 maja 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza za uzasadnione uznała poprawienie omyłki w oznaczeniu jednostki miary w jednej pozycji kosztorysu ofertowego (**metr kwadratowy zamiast metr sześcienny**) nie wpływające ani na cenę jednostkową ani na wartość elementu robót. Izba uwzględniła fakt, że numer KNNR-u 1 0313-01 jaki podany był w kosztorysie ofertowym jednoznacznie wskazywał, iż właściwą jednostką dla tej pozycji był m<sup>2</sup>. W ocenie składu orzekającego, uzasadnione było również dokonanie w oparciu o powołaną wyżej przepis poprawienia omyłki polegającej na nieuwzględnieniu przez wykonawcę, przy obliczeniu wartości pozycji wskazanej w przedmiarze, krosności „z” (zamawiający poprawił obmiar z 300 m na 600 m). Konsekwencją powyższego była zmiana wartości tej pozycji z kwoty 3 456 zł na kwotę 6 912 zł. W tym miejscu Izba zaznaczyła, że stanowisko odwołującego, że poprawienie omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do zmiany ceny, gdyż zmiany takie są dopuszczalne jedynie w razie poprawiania omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, nie jest uzasadnione. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie zawiera takiego ograniczenia, gdyż **jedynym ograniczeniem zakresu poprawiania omyłek jest skutek w postaci zmiany treści oferty, która nie jest zmianą istotną**. W konsekwencji Izba wskazała, że również przyjęcie w postępowaniu kosztorysowej formy wynagrodzenia nie stanowi przeszkody do zastosowania procedur poprawiania omyłek oferty na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Zdaniem Izby<sup>20</sup> spełnione zostały przesłanki poprawiania wskazanych omyłek, bowiem nie doszło do istotnej zmiany treści oferty.

Podobnie Sąd Okręgowy w Gliwicach<sup>21</sup> uznał, iż odstępstwo w zakresie żądanych przedmiotem ilości stanowiące różnicę wynoszącą 5 m<sup>3</sup> ziemi, co w efekcie wpłynęło na podwyższenie ceny oferty wykonawcy o kwotę 399,56 zł, przy oferowanej cenie 1 894 462,42 zł, nie przesądza to, iż wskazana rozbieżność powodowała nieporównywalność ofert. Sąd stwierdził, że **niewielka rozbieżność w sposób oczywisty nie wpływała na możliwość porównania ofert**.

Również **brak prerעדagowania standardowego opisu pozycji KNNR5 0303-02 na występujący w poz. 24 przedmiarów robót elektrycznych** załączonych do SIWZ Krajowa Izba Odwoławcza uznała za omyłkę, która może być poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba wzięła pod uwagę, że do stwierdzenia tej omyłki w kosztorysie ofertowym odwołującego, nie były konieczne żadne wyjaśnienia z jego strony, lecz wystarczyło porównanie tego kosztorysu z przedmiotem, co de facto przeprowadził zamawiający, bezbłędnie identyfikując rozbieżność opisu w poz. 24 robót elektrycznych. W ocenie składu orzekającego brakowi echter istotności dokonanej zmiany nie stoi również na przeszkodzie przyjęta dla rozliczenia wykonanych robót zasada wynagrodzenia kosztorysowego. Nie można bowiem stwierdzić, że co do zasady wyodrębnienie kosztorysowe wyłącza możliwość zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp do omyłek popełnionych w kosztorysach ofertowych stanowiących treść oferty<sup>22</sup>.

Za dopuszczalne uznała Krajowa Izba Odwoławcza także poprawienie nieznacznej ilości pozycji przedmiarowych (**odpowiednio jednej spośród stu trzydziestu kilku i trzech spośród około trzystu pięćdziesięciu**). Izba stwierdziła, że po pierwsze różnica w cenie ofert wykonawców po poprawieniu omyłki w stosunku do ceny oferty sprzed dokonania tej czynności kształtował się jedynie na poziomie jedynie ok. tj. 1,79% ceny **ofertowej brutto (w przypadku odwołującego X) i ok. 0,12 % ceny ofertowej brutto (w przypadku odwołującego Y)**. Po drugie, **poprawienie omyłek nie będzie wymagać uzyskania jakiegokolwiek wyjaśnień ze strony odwołujących**. Możliwie będzie w oparciu o treść samych ofert złożonych przez obu wykonawców, gdyż stanowi wynik przemnożenia podanych przez wykonawców cen jednostkowych w kwestionowanych pozycjach przez prawidłowe ilości przedmiarowe<sup>23</sup>.

Nie każda nieprawidłowość w kosztorysie może być kwalifikowana jako omyłka podlegająca poprawieniu przez zamawiającego. Granicę wyznacza przepis 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazując, że zmiana nie może powodować istotnej zmiany treści oferty. W wyroku z dnia 28 czerwca 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza przyznała rację zamawiającemu, iż w kosztorysie ofertowym odwołującego **znalazły się takie błędy, które nie były możliwe do skorygowania** w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Skład Orzekający zwrócił uwagę, iż prawda jest, że możliwość poprawy drobnych błędów w ofercie na podstawie ww. przepisu, w szczególności błędów pojawiających się w kosztorysach i leżących po stronie zamawiającego obowiązek ich poprawy nie ma charakteru nieograniczonego. W ocenie Izby, nie zachodziły przesłanki do poprawy oferty odwołującego, która we wskazanych wyżej częściach jest sprzeczna z treścią SIWZ, a jej poprawienie spowodowałoby istotną zmianę jej treści, chociażby ze względu na **zmianę zakresu rzeczowego robót i zmianę rodzaju materiałów**. Izba nie podzieliła poglądów odwołującego, że jedyną przesłankę stosowania normy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stanowi „niewielka” różnica cenowa ewentualnej dokonanej korekty. Odwołujący nie zaoferował całego zakresu rzeczowego. Zdaniem Izby sam fakt, iż w punkcie 17.2 SIWZ zamawiający zapowiedział możliwość dokonania poprawy w kosztorysach ofertowych w granicach 5% ceny

oferty nie świadczył, iż postanowienie to mogło znaleźć zastosowanie w każdej sytuacji. Przede wszystkim oferta musiałaby kwalifikować się do poprawy w oparciu o jej pierwotną zawartość, bez składania przez wykonawcę jakichkolwiek nowych oświadczeń woli (poza wyjaśnieniami), ingerujących w treść złożonej oferty. Nie można, zdaniem Izby, przyjąć też, że oznaczony procent zmiany ceny, w stosunku do ceny ofertowej, stanowi sam przez się o możliwości dokonania korekty, gdyż wówczas kwota taka pozostawałaby relatywnie niezależna od wartości ofert składanych w danym postępowaniu<sup>24</sup>.

Co do zasady nie podlega również poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp **brak wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych** w sytuacji, w której zamawiający przyjął kosztorysową formę wynagrodzenia. Jak podkreślono w wyroku z dnia 11 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1833/09, przy cenie kosztorysowej istotne znaczenie jako treść oferty mają ceny jednostkowe, służące do faktycznych rozliczeń z uwzględnieniem ilości ustalonej obmiarem powykonawczym. Brak wyceny którejs z pozycji kosztorysu ofertowego, nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia woli, nie mieszczącym się w pojęciu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp<sup>25</sup>. **Nie każde jednak pominięcie wyceny pozycji kosztorysu powinno skutkować koniecznością odrzucenia oferty. Uzupelnienie brakującej pozycji, poprzez jej dopisanie, możliwe byłoby wtedy, gdy na podstawie danych zawartych w kosztorysie dałoby się wyliczyć zarówno cenę jednostkową, jak i wartość tej pozycji.**

Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 21 października 2011 r.<sup>26</sup> W sprawie będącej przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej, odwołujący w swojej ofercie, w kosztorysie ofertowym nie przedstawił wyceny montażu znaków wysokościowych na konstrukcji przepustu P-8. Wymóg złożenia w ofercie wypełnionych zbiorczych zestawień kosztów wraz z kosztorysami ofertowymi został jednoznacznie określony w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skład orzekający zwrócił uwagę, że montaż znaków wysokościowych na przepustach jest czynnością kilkakrotnie występującą w przedmiocie zamówienia i za wyjątkiem wskazanego wyżej braku został przez odwołującego wyceniony na konstrukcji trzech innych przepustów z zastosowaniem jednakowej ceny jednostkowej wynoszącej 66,50 zł. W ocenie Izby biorąc powyższe pod uwagę, w pełni zachodziła podstawa do dokonania przez zamawiającego zmiany treści oferty poprzez uzupełnienie wskazanego braku jako poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. **Zamawiający miał bowiem wystarczające przesłanki do tej czynności w oparciu o informacje zawarte w ofercie.** Fakt, iż wykonawca w drodze wyjaśnień udzielonych zamawiającemu wskazał na potrzebę poprawienia omyłki nie oznacza, że strony prowadziły niedopuszczalne, w świetle art. 87 ust. 1 zd. drugie ustawy Pzp, negocjacje dotyczące złożonej oferty<sup>27</sup>.

Konkludując, kwalifikator „istotnych zmian”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, należy odnosić **do całości treści oferty i konsekwencje tych zmian należy oceniać biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty.** Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje, czy nie powoduje 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 skutku przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia<sup>28</sup>.

**Zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT jest błędem w obliczeniu ceny, o ile nie można jej poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.**

Oceny charakteru nieprawidłowości jaką jest zastosowanie przy obliczeniu ceny błędnej stawki podatku VAT dokonał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 r.<sup>29</sup> W ocenie Sądu **określenie ceny z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek do stwierdzenia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp).** W uzasadnieniu powyższej uchwały Sąd Najwyższy wskazał - „(...) O porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można zatem mówić **dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł.** Zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i kształt nakazanych ustawą, chronologicznie ujętych, kolejnych jego obowiązków, warunkowany jest treścią SIWZ. Jedyne wówczas, **jeśli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT,** kształtującą przecież także wysokość określonej w ofercie ceny, to dopiero wtedy może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Natomiast w sytuacji, w której zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (...). W tej ostatnio wskazanej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu ceny.” Treść powyższej uchwały uwzględniana jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 3 marca 2014 r.<sup>30</sup> Izba uznała, że zamawiający wskazując w SIWZ stawkę podatku VAT, jaką należy zastosować dla spornych czynności, uprawniony był do poprawienia oferty bez uzyskiwania wyjaśnień odwołującego, co wynika z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Podsumowując wskazać należy, iż zamawiający przy badaniu i ocenie ofert przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, w każdym indywidualnym przypadku powinien ustalić, czy w złożonej ofercie nie została popełniona omyłka możliwa do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, że pojawienie się w ofertach omyłek, o których mowa w tym przepisie powoduje powstanie obowiązku zamawiającego w zakresie jej poprawienia. Powyższy przepis bowiem wprost stanowi: „zamawiający poprawia”, a sformułowanie to ma charakter kategoriyczny. Zatem zarówno odrzucenie oferty z powodu omyłek, które powinny być poprawione w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, jak również zmiana treści oferty wykraczająca poza uprawnienia wynikające w powyższego przepisu, stanowi naruszenie ustawy Pzp.

[1] Zob. wyrok SO w Gdańsku z dnia 27 czerwca 2008 r., sygn. akt XII Ga 206/08

[2] Podobnie wyrok KIO 10 kwietnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 265/08

[3] Wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 73/14

[4] Wyrok KIO z dnia 7 maja, sygn. akt KIO 842/12, KIO 849/12

[5] Zob. wyrok z 6 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 215/09

[6] Wyrok z dnia 5 lutego 2014 r., sygn. akt 103/2014

[7] Dz. U. Nr 171, poz. 1058

[8] Tak w wyroku KIO z dnia 1 września 2011 r., sygn. akt 1787/11, a także w wyroku KIO z dnia 28 września 2010 r., sygn. akt KIO 1978/10

[9] Wyrok z dnia 16 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 650/12

[10] Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 133/09

[11] Wyrok KIO z dnia 14 marca 2011 r., sygn. akt KIO 433/11

[12] Ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 71, poz. 1058)

[13] Wyrok Sąd Okręgowy w Krakowie, sygn. akt: XII GA 429/09

[14] Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 522/11, podobnie wyrok SO w Katowicach z dnia 1 marca 2010 r. sygn. akt: XIX Ga 18/10, wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt: KIO 1127/10, wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1610/10

[15] Zob. Uchwałę KIO z dnia 19 października 2010r., sygn. akt KIO/KD 74/10

[16] Tak KIO w wyroku z dnia 9 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2343/12, KIO 2346/12 oraz wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 689/11, wyrok KIO z dnia 29 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 294/0, wyrok KIO z dnia 7 września 2009r., sygn. akt 1094/09

[17] Wyrok KIO z dnia 12 marca 2014 r., sygn. akt KIO 348/14, KIO 367/14

[18] Sygn. akt KIO 385/11, KIO 386/11, KIO 393/11, KIO 406/11

[19] Sygn. akt KIO 839/11, podobnie w wyroku z dnia 13 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 166/13, KIO 167/13, KIO 169/13 za niedopuszczalną uznała Krajowa Izba Odwoławcza polegającą na korekcie ilości dni przedstawionych w formularzu ofertowym z 1000 na 3500. Skład orzekający wziął po uwagę, że przy uwzględnieniu prawidłowej wartości ceny jednego osobodnia, tj. 1250,00 zł zamawiający winien był poprawić łączną cenę za usługę rozwoju (cena jednego osobodnia x 3500 osobodni) z kwoty 1.250.000 zł na 4.375.000,00 zł

[20] Sygn. akt KIO 822/11

[21] Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 r., sygn. akt X Ga 23/07

[22] Wyrok z dnia 24 marca 2011r., sygn. akt KIO 554/11

[23] Wyrok KIO z dnia 18 marca 2013r., sygn. akt 476/13, KIO 495/13

[24] Wyrok z dnia 28 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO 1252/11

[25] Zob. wyrok KIO z dnia 18 maja 2010r., sygn. akt KIO/UZP 780/10. Podobnie wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2011r., sygn. akt KIO 1252/11, KIO z dnia 30 czerwca 2010r., sygn. akt KIO 1127/10

[26] Sygn. akt KIO 2152/11, zob. także wyrok KIO z dnia 5 listopada 2010r., sygn. akt KIO 2288/10, wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1532/10

[27] j.w.

[28] Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII Ga 102/09

[29] Sygn. akt III CZP 52/11

[30] Sygn. akt KIO 277/14, zob. również wyrok KIO z 15 lutego 2013 r. sygn. akt KIO 293/13