Sygn. akt KIO/UZP 1188/08

WYROK
z dnia 13 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2008 r.
w Warszawie odwołania wniesionego przez **Spółdzielnię Obrotu Towarowego Przemysłu Mleczarskiego w Białymstoku, 15-959 Białystok, ul. Handlowa 4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jednostkę Wojskową 1906, 78-601 Wałcz, ul. Ciasna 7** protestu z dnia 30 września 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Spółdzielnię Obrotu Towarowego Przemysłu Mleczarskiego w Białymstoku, 15-959 Białystok, ul. Handlowa 4**
i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064.zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Spółdzielnię Obrotu Towarowego Przemysłu Mleczarskiego w Białymstoku, 15-959 Białystok, ul. Handlowa 4,**

---

2) dokonać wpłaty kwoty **855 zł 00 gr** (słownie: osiemset pięćdziesiąt pięć złotych) przez **Spółdzielnię Obrotu Towarowego Przemysłu Mleczarskiego w Białymstoku, 15-959 Białystok, ul. Handlowa 4** na rzecz **Jednostki Wojskowej 1906, 78-601 Wałcz, ul. Ciasna 7,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu noclegu,

3) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Spółdzielni Obrotu Towarowego Przemysłu Mleczarskiego w Białymstoku, 15-959 Białystok, ul. Handlowa 4.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostka Wojskowa 1906 w Wałczu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na dostarczanie mleka, masła, przetworów mleczarskich i serów do jednostek wojskowych i ośrodków szkolenia poligonowego. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25.07.2008 roku pod numerem 2008/S 143 – 191826. Przedmiot zamówienia został podzielony na 12 części (zwanych w treści środków ochrony prawnej zadaniami).
Wobec ustalonych przez Zamawiającego wyników postępowania odwołanie poprzedzone protestem wniosła Spółdzielnia Obrotu Towarowego Przemysłu Mleczarskiego z siedzibą w Białymstoku. Odwołujący się wskazał, ze wyboru oferty w zakresie zadań nr 1, 2, 4, 5, 7 i 8 dokonano z naruszeniem art. 7 ust.1 oraz art. 89 ust.1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamowień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – dalej: Pzp. Odwołujący się podniósł, że wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą „LECH" Sp. z o.o. z siedzibą w Kołobrzegu nie wyraził zgody na dokonanie poprawek w zadaniach 1, 2, 4, 5, 7 i 8 w terminie ustawowym. Zamawiający zobligowany był, zatem do odrzucenia oferty "LECH" Sp. z o.o. w zadaniach 1, 2, 4, 5, 7 i 8. Tymczasem Zamawiający dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

W odwołaniu wskazano dodatkowo, że milczenie wykonawcy nie może być przez Zamawiającego traktowane jako wyrażenie zgody na dokonanie poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych, gdyż żaden z przepisów ustawy Prawo zamowien publicznych nie stanowi podstawy prawnej dla oparcia się Zamawiającego na domniemaniu w tej kwestii. Odwołujący się wywiódł, że zgoda na dokonanie poprawienia omyłek rachunkowych rodzi

---

doniosłe skutki dla wykonawcy i nie może być wywodzona z wykładni oświadczenia woli wykonawcy dokonanej przez zamawiającego. Odwołujący się wniósł o: uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty "LECH" Sp. z o.o. w zakresie zadań 1, 2, 4, 5, 7 i 8, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert we wskazanych zadaniach.
Zarówno protest, jak i odwołanie zostały wniesione w termach ustawowych (protest w dniu 30.09.2008 roku, odwołanie w dniu 14.10.2008 roku za pomocą placówki pocztowej operatora publicznego). Zachowany został warunek jednoczesności przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.
Zamawiający protest oddalił pismem z dnia 10.10.2008 roku.
W uzasadnieniu swego stanowiska Zamawiający stwierdził, ze brak jest podstaw do odrzucenia oferty "LECH" Sp. z o.o. na zadania nr 1, 2, 4, 5, 7 i 8 gdyż wykonawca ten wyraził zgodę na poprawienie omyłki rachunkowej w ofercie co do wskazanych zadań. W wyznaczonym terminie Zamawiający otrzymał 12 oświadczeń woli „LECH" Sp. z o.o., z których cześć była błędnie ponumerowana, w taki sposób, że przed cyframi 1, 2, 4, 5, 7 i 8 omyłkowo dopisana została cyfra 1. Zamawiający dokonał wykładni oświadczenia woli "LECH" Sp. z o.o. i uznał, ze wykonawca miał zamiar swoim oświadczeniem woli objąć te zadania, które omyłkowo inaczej ponumerował. Zamawiający powołał się przy tym na treść art. 65 k.c. Dodatkowo wskazał, że skorygowana omyłka rachunkowa stanowi również „treść oferty" i zamierzał wyjaśnić kwestię numeracji w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp, jednak wobec nadesłania w dniu 11.09.2008 roku sprostowania, uznał to za bezcelowe, gdyż jego stanowisko znalazło potwierdzenie w otrzymanych pismach. Zamawiający podkreślił również, iż oferta LECH Sp. z o.o. jest w spornych zadaniach o 1.375.782,19 zł tańsza od oferty Odwołującego się.

Po ustaleniu podczas posiedzenia, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska. Zamawiający podniósł dodatkowo, że wobec wejścia w życie w dniu 24.10.2008 roku ustawy z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych ustaw (Dz.U. Nr 171, poz. 1058), skutki czynności Zamawiającego, polegającej na poprawieniu omyłki w obliczeniu ceny oferty, winny być oceniane wg nowych przepisów na podstawie art. 4 ust. 1 przywołanej ustawy. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w nowym brzmieniu dają zamawiającemu możliwość poprawiania błędów w obliczeniu ceny oferty bez konieczności uzyskiwania zgody wykonawcy.
Odwołujący się polemizował z tym poglądem, wywodząc, że przepisy w nowym brzmieniu mają zastosowanie do toczących się postępowań tzn. takich w których nie dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty.

Na podstawie dowodów ze znajdującej się w oryginalnej dokumentacji postępowania: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty „LECH" Sp. z o.o. z siedzibą w Kołobrzegu, pisma Zamawiającego z dnia 3.09.2008 roku (Nr 432/08/ZP), pism „LECH" Sp. z o.o. z siedzibą w Kołobrzegu z dnia 10.09.2008 roku (Nr 02-11/10.09.2008/L) oraz z dnia 11.09.2008 roku (Nr 13-19/11.09.2008/L), Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Zamawiający pismem z dnia 3.09.2008 roku, przekazanym wykonawcy tego dnia za pośrednictwem faksu, poinformował "LECH" Sp. z o.o. o poprawieniu omyłek rachunkowych w obliczaniu ceny w złożonej przez wykonawcę ofercie w zadaniach 1,2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9,10, 11, 12 oraz wskazał, że zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 7 Pzp nie udzielenie odpowiedzi w terminie 7 dni od otrzymania zawiadomienia oznacza brak zgody na poprawienie omyłki rachunkowej i powoduje konieczność odrzucenia oferty.
Pismami z dnia 10.09.2008 roku (ostatnim dniu terminu wskazanego w art. 89 ust. 1 pkt 7

Pzp) "LECH" Sp. z o.o. odrębnymi pismami wyraził zgodę na dokonanie poprawy omyłek rachunkowych w zadaniach 3, 9, 10, 11 (dwukrotnie), 12 (dwukrotnie), 14, 15, 16, 17, 18. Pismami z dnia 11.09.2008 roku (po upływie terminu wskazanego w art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp) "LECH" Sp. z o.o. oświadczył, iż w numeracji zadania nastąpiła omyłka oraz przesłał zgodę na dokonanie poprawienia omyłek rachunkowych w zadaniach 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8.

Izba zważyła, co następuje:
Art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych ustaw (Dz.U. Nr 171, poz. 1058) głosi, że do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed wejściem w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem m.in. przepisów dotyczących poprawiania oczywistych omyłek w ofercie. W ocenie Izby przywołany przepis winien być interpretowany w taki sposób, że dla oceny czynności Zamawiającego właściwe są przepisy obowiązujące w dniu dokonania tej czynności. Rozpatrywane odwołanie oceniane być winno wg stanu prawnego obowiązującego we wrześniu 2008 roku, przed wejściem w życie zmian ustawy Prawo zamówień publicznych.
Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. W zadaniach. których dotyczy odwołanie oferta Odwołującego się została oceniona jako druga w kolejności, zatem potwierdzenie zarzutów odwołania stwarza możliwość uzyskania zamówienia.
Okoliczności faktyczne t.j. daty otrzymania pism przez Zamawiającego oraz ich treść nie są sporne między stronami. Okolicznością sporną jest, czy wyrażenie zgody na dokonanie poprawienia błędu w obliczeniu ceny oferty zawierające w swej treści omyłkę polegającą na

---

błędnym oznaczeniu części zamówienia, którego dotyczy wyrażona zgoda, może być uznane za wyrażenie zgody na dokonanie tej czynności przez Zamawiającego.
Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.
Art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli wykonawca w terminie 7 dni od otrzymania zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny.
Niewątpliwie zgoda „LECH" Sp. z o. o. na dokonanie wskazanej czynności przez Zamawiającego, stanowi oświadczenie woli wykonawcy. Zmierza bowiem do wywołania skutku prawnego w postaci uniknięcia odrzucenia złożonej oferty i utrzymania decyzji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie wskazuje, w żadnym z przepisów, wymagań, co do treści oświadczenia woli wykonawcy wyrażającego zgodę na dokonanie poprawienia omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny oferty. Wobec powyższego stosownie do dyspozycji art. 14 Pzp do tej czynności wykonawcy znajdą zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego. Słusznie zatem powołuje się Zamawiający na art. 65 k.c.
Art. 65 par. 1 k.c. nakazuje interpretować oświadczenie woli jak tego wymagają ze względu na okoliczności w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.
W doktrynie jednolicie przyjmuje się, że zgoda wykonawcy musi zostać wyrażona w sposób czynny tzn. wykonawca musi zgodzić się na dokonanie poprawienia omyłki przez zamawiającego. Milczenie lub sprzeciw wykonawcy skutkują odrzuceniem złożonej przez niego oferty. Izba stwierdza, że LECH Sp. z o. o. w terminie ustawowym wyraził zgodę na dokonaną przez Zamawiającego czynność poprawienia oczywistych omyłek pisarskich.
Niewątpliwie zamierzeniem „LECH" Sp. z o. o. było wyrażenie zgody na dokonanie przez Zamawiającego poprawienia omyłek pisarskich i z oświadczeniem woli złożonym przez wykonawcę Zamawiający zapoznał się w terminie ustawowym na dokonanie tej czynności t.j. 10.09.2008 roku. Błędne oznaczenie zadań, w stosunku do których oświadczenia zostały złożone, nie może pociągać za sobą skutku, który art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp wiąże z brakiem wyrażenia zgody.
Po pierwsze: błędne oznaczenie cześci zamówienia ma w ocenie Izby cechy oczywistej omyłki pisarskiej. Skoro przedmiot zamówienia podzielony został na 12 części, to oczywistym jest, że wskazanie części 14, 15, 16, 17 i 18 nastąpiło w wyniku niezamierzonej omyłki. Nie budzi wątpliwości Izby również, że skoro wykonawca w pismach z dnia 10.09.2008 roku dwukrotnie wyraził zgodę na poprawienie omyłek w części 11 i 12

postępowania, a jak wskazano, postępowanie dzieli się na 12 części, to intencją wykonawcy było wyrażenie zgody w odniesieniu do części 1 i 2. Interpretacja dokonana przez Zamawiającego w oparciu o art. 65 k.c jest prawidłowa i zmierza tłumaczenia oświadczenia

woli zgodnie z intencją wykonawcy, który je złożył. Popełnienie oczywistej omyłki potwierdził wykonawca w pismach z dnia 11.09.2008 roku, co wskazuje na prawidłową interpretację oświadczeń z dnia 10.09.2008 roku dokonaną przez Zamawiającego. Przywołany art. 65 par. 1 k.c. nakazuje interpretować treść oświadczeń woli zgodnie z zasadami współżycia społecznego. W ocenie Izby sprzeczne z zasadami współżycia społecznego byłoby uznanie, że LECH Sp. z o.o. nie wyraził zgody na czynność Zamawiającego poprawienia omyłki w obliczeniu ceny oferty, jedynie z tej przyczyny, że w sposób oczywiście błędny, ale dostatecznie zrozumiały dla odbiorcy oświadczenia (Zamawiającego) zostały oznaczone poszczególne części postępowania.
Po drugie: jak wskazano wyżej przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidują dla skuteczności wyrażenia zgody przez wykonawcę na dokonanie przez Zamawiającego poprawienia omyłki w obliczaniu ceny oferty, szczególnych wymagań w odniesieniu do treści oświadczenia wyrażającego taką zgodę. „LECH" Sp. z o.o. mógłby zatem zgodę swoją wyrazić w jednym piśmie, w sposób ogólny odnoszącym się do wszystkich części zamówienia.
Art. 60 k.c stanowi, że oświadczenie woli to takie zachowanie osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny. W ocenie Izby oświadczenia „LECH" Sp. z o.o. wyraźnie ujawniają wolę wykonawcy polegającą na wyrażeniu zgody na dokonanie omyłki rachunkowej w ofercie złożonej w postępowaniu na dostarczanie mleka, masła, przetworów mleczarskich i serów do jednostek wojskowych i ośrodków szkolenia poligonowego, gdyż w każdym z 12 pism wykonawca wskazał, że jego oświadczenie odnosi się do tego postępowania. Z faktu, że wykonawca złożył 12 odrębnych oświadczeń woli, nie sposób wywodzić negatywnych konsekwencji. Ponadto Odwołujący się nie dowiódł, że rzeczywistą intencją „LECH" Sp. z o.o. było odmówienie zgody na dokonanie przez Zamawiającego poprawienia błędu w obliczeniu ceny lub by wykonawca ten zamierzał ograniczyć swoją zgodę do wybranych części zamówienia z pominięciem części pozostałych.
Po trzecie: skoro ustawodawca zezwala na dokonanie poprawy oczywistych omyłek pisarskich w treści oferty, to tym bardziej zasadne jest dopuszczenie możliwości sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej w oświadczeniu wykonawcy akceptującego zmianę w treści oferty dokonanej przez Zamawiającego (argumentum *a maiori ad minus* z art. 87 ust. 2 Pzp).

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp nie został podniesiony na rozprawie. Zważyć również należy, że samo powołanie przepisu nie tworzy zarzutu. Zarzut stanowi, bowiem wskazanie czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp) oraz okoliczności faktyczne wskazujące na

naruszenie przepisów prawa. Izba stwierdza, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przywołanego przepisu.

Mając na uwadze powyższe Izba na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 1 Pzp oddaliła odwołanie. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp oraz par. 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886) zasądzając koszty noclegu pełnomocników Zamawiającego zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok -
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Koszalinie.**

Przewodniczący:

……

Członkowie: ……
……

---

* *niepotrzebne skreślić*