

WYROK
z dnia 16 grudnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś

Grzegorz Mazurek

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 grudnia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **DELTA – PRID Sp. z o.o., ul. Mazowiecka 9, 06-400 Ciechanów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Ojrzeń, ul. Ciechanowska 27, 06-456 Ojrzeń** protestu z dnia 12 listopada 2008 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Ojrzeń, ul. Ciechanowska 27, 06-456 Ojrzeń i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **DELTA – PRID Sp. z o.o., ul. Mazowiecka 9, 06-400 Ciechanów**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Ojrzeń, ul. Ciechanowska 27, 06-456 Ojrzeń** na rzecz **DELTA – PRID Sp. z o.o., ul. Mazowiecka 9, 06-400 Ciechanów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 5 936 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **DELTA – PRID Sp. z o.o., ul. Mazowiecka 9, 06-400 Ciechanów**.

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Ojrzeń prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na przebudowę drogi gminnej Kraszewo-Grabówiec, etap I. W dniu 7 października 2008 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 229692 – 2008.

W dniu 10 listopada 2008r. faksem zamawiający poinformował wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu, w tym Delta -Prid Sp. z o.o. z siedzibą w Ciechanowie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu złożonej przez wykonawcę oferty ze względu na niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jako podstawę prawną czynności odrzucenia oferty zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „Pzp” z powodu zaoferowania realizacji zamówienia w terminie 30 czerwca 2008 r. tj. w terminie nieodpowiadającym

wymaganiom zamawiającego określonym w siwz.

Wykonawca Delta-Prid Sp. z o.o. wniósł w dniu 13 listopada 2008 r. faksem protest na czynność odrzucenia jego oferty, żądając uchylenia tej czynności, uznania oferty za prawidłowo złożoną oraz o dokonanie merytorycznej jej oceny.

W ocenie wykonawcy zamawiający niewłaściwie zinterpretował treść art. 87 ust. 2 Pzp. Wykonawca stwierdził, że w swojej ofercie popełnił błąd polegający na określeniu daty zakończenia realizacji zamówienia na dzień 30.06.2008 r., zamiast 30.06.2009 r. Zdaniem wykonawcy, jest to oczywisty błąd pisarski. W dacie składania oferty wskazany dzień 30 czerwca 2008 r. już minął. Logiczna analiza zaistniałej sytuacji prowadzi wprost do wniosku, iż wykonawca składając ofertę chciał wskazać datę 30 czerwca 2009 r., która to data mieściła się w granicach terminów realizacji zamówienia określonych przez zamawiającego. Inna interpretacja zaistniałego błędu przeczyłaby zasadom logicznego rozumowania. Prezentowane stanowisko wykonawcy poparł orzecznictwem Zespołu Arbitrów oraz stwierdził, że odrzucenie oferty złożonej przez Delta-Prid Sp. z o.o. jest niezgodne z prawem, ponieważ oferta spełnia wszelkie wymogi stawiane przez zamawiającego, a oczywista omyłka w podanym terminie podlegać powinna poprawieniu.

W dniu 25 listopada 2008 r. zamawiający poinformował wykonawcę o oddaleniu protestu (pismo z dnia 24 listopada 2008 r.). Zdaniem zamawiającego, nie da się jednoznacznie określić czy data podana w ofercie stanowi zamierzoną czy niezamierzoną pomyłkę wykonawcy oraz jaka data winna być wskazana w przypadku omyłki. Zamawiający stwierdził, że nie zna zamiarów wykonawcy i nie może być pewien, iż omyłkowo wskazano tylko jedną cyfrę - w roku, a zatem, że w ofercie winna widnieć data 30.06.2009 r., a nie jakaś inna. Przytoczone w proteście wyroki Zespołów Arbitrów, w ocenie zamawiającego wskazują, iż stanowisko powyższe jest słuszne i zgodne z prawem. Termin wykonania zadania jest jednym z najistotniejszych elementów oferty. Potwierdza to treść art. 86 ust. 4 Pzp, w którym ustawodawca zawarł termin wykonania zamówienia w katalogu informacji przekazywanych podczas otwarcia ofert, a zatem ta część oferty stanowi jej bardzo istotny, jeden z kluczowych elementów. Jakakolwiek zmiana kluczowego, istotnego elementu oferty jest zakazana wprost w art. 87 ust. 1 i 2 Pzp. W ocenie zamawiającego, wskazanie nowego, różnego od zawartego w ofercie złożonej przez wykonawcę, terminu wykonania zamówienia (zmiana istotnego elementu oferty) stanowi ewidentne wytworzenie nowej treści oświadczenia woli - jakim jest złożenie oferty w postępowaniu.

W dniu 1 grudnia 2008 r. wykonawca Delta-Prid Sp. z o.o. wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 2 Pzp poprzez jego niewłaściwą interpretację i błędne zastosowanie oraz w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty. Odwołujący wniósł o uchylenie czynności odrzucenia oferty, uznanie oferty za prawidłowo sporządzoną zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i uwzględnienie jej w postępowaniu oraz o powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący podtrzymał w całości argumentację zawartą w proteście. W ocenie odwołującego w przedmiotowej sprawie uzasadnione jest odwołanie się do ugruntowanego stanowiska orzecznictwa i praktyki na tle regulacji zawartych w kodeksie postępowania cywilnego. Co prawda ustawa Prawo zamówień publicznych nie odwołuje się wprost w tej części do regulacji k.p.c., jednak, zdaniem odwołującego, nie ma przeszkód formalnych do ich pomocniczego stosowania przy rozpoznawaniu spraw na gruncie Pzp. Ugruntowane stanowisko doktryny dotyczące błędów pisarskich, rachunkowych lub innych oczywistych omyłek, pozwala stwierdzić, iż oczywistość omyłki pisarskiej, rachunkowej lub innej wynika bądź z natury samej omyłki, bądź z porównania zaistniałego błędu z innymi okolicznościami sprawy. W niniejszej sprawie, w ocenie odwołującego, mamy do czynienia z oczywistą omyłką pisarską, bowiem zestawienie błędnego zapisu z innymi okolicznościami w sprawie, a zwłaszcza z treścią formularza ofertowego, prowadzi do wniosku, iż zamiast zapisu 2008r., zamiarem i wolą wykonawcy było umieszczenie zapisu: 2009r. W świetle powyższego odrzucenie oferty jest niezgodne z prawem, a sama oferta spełnia wszelkie wymogi stawiane przez zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację zawartą w aktach sprawy, oryginalną dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz biorąc pod uwagę wyjaśnienia stron złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania. W postępowaniu zostało złożonych pięć ofert. Oferta złożona przez odwołującego zawiera najniższą cenę, przy czym jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu jest cena. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznałby uszczerbku w wyniku decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym spełniona została materialno-prawna przesłanka rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 Pzp.

Zamawiający określił termin wykonania przedmiotowego zamówienia zarówno w ogłoszeniu (pkt II.2) jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt II.2)

wskazując, iż „zakończenie realizacji nie może być wcześniejsze niż dzień 30 kwietnia 2009 r. i późniejsze niż dzień 15 września 2009 r.” Ten sam zapis został również zawarty w treści pkt 3 formularza ofertowego (załącznik nr 3 do siwz) oraz w § 2 lit. b projektu umowy stanowiącego załącznik nr 6 do siwz.

Odwołujący w treści złożonej oferty - w pkt. 3 formularza ofertowego (strona 1 oferty), zawarł następujące zobowiązanie „Zamówienie zrealizujemy w nieprzekraczalnym terminie do dnia: 30.06.2008 r. (termin nie może przekraczać terminów realizacji określonych w SIWZ: zakończenie realizacji inwestycji nie może być wcześniejsze niż dzień 30 kwietnia 2009 r. i późniejsze niż dzień 15 września 2009 r.”

W ofercie odwołujący złożył podpisany z jego strony i parafowany na każdej stronie projekt umowy (strony 42 – 46 oferty), w którym w § 2 lit. b znajduje się postanowienie o treści „Termin zakończenia realizacji inwestycji: zakończenie realizacji nie może być wcześniejsze niż dzień 30 kwietnia 2009 r. i późniejsze niż dzień 15 września 2009 r.”

Stosownie do treści przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp „Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie [...] niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.”

Oczywista omyłka pisarska musi wystąpić w tekście oferty. Przepis nie wyłącza ani nie ogranicza w żadnym stopniu możliwości poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej ze względu na zakres merytoryczny treści, której dotyczy omyłka. Brak jest zatem podstaw do uznania, że oczywista omyłka pisarska nie może dotyczyć istotnych postanowień oferty, w szczególności terminu realizacji zamówienia i z tego względu nie może podlegać poprawieniu przez zamawiającego na zasadach określonych w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Poprawienie oczywistych omyłek pisarskich stanowi, w przypadku ich stwierdzenia, obowiązek zamawiającego i jest prawnie skuteczne. Warunkiem poprawienia omyłek pisarskich jest ich „oczywistość”.

Ustawa nie zawiera definicji oczywistej omyłki pisarskiej. W świetle powyższego ukształtowało się bogate orzecznictwo w tym zakresie zarówno Zespołów Arbitrów jak i sądów okręgowych. I tak Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 22 lipca 2005 r., sygn. akt V Ca 592/05 wyraził stanowisko, że „Oczywista omyłka jest to bowiem nasuwająca się sama przez się niedokładność, przypadkowe przeoczenie czy też oczywisty błąd pisarski, ale występujące w istniejącym dokumencie. W żadnym razie nie można w drodze prostowania oczywistej omyłki tworzyć dokumentów w ogóle nieistniejących [...]”

Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim w wyroku z dnia 10 sierpnia 2006 r. sygn. akt II Ca 442/06 stwierdził, że „oczywista omyłka pisarska to taka, która jest widoczna na pierwszy rzut oka bez potrzeby dokonywania jakichkolwiek wyjaśnień. Na tym polega

oczywistość omyłki, że dla każdego, który dokonuje przeglądu ofert jest to oczywisty błąd nie budzący żadnych wątpliwości. (...)"

W wyroku z dnia 10 grudnia 2002 r. sygn. akt V Ca 1514/02 Sąd Okręgowy w Warszawie stwierdził, iż „oczywistą omyłką jest widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski albo rachunkowy lub inna podobna usterka w tekście. Sprostowanie oczywistej omyłki nie może prowadzić do zmiany treści oferty, w szczególności nie może polegać na zmianie określonego w ofercie rozmiaru świadczenia oferenta lub ceny”, a w wyroku z dnia 28 kwietnia 2006 r. sygn. akt V Ca 147/06 wskazał, że „ustawa Pzp nie zawiera wprawdzie definicji oczywistej omyłki pisarskiej, jednakże nie ulega wątpliwości, że do tej kategorii należy zaliczyć widocznie mylną pisownię, ewidentny błąd gramatyczny, niezamierzone opuszczenie całego wyrazu lub jego części.”

Powyższe stanowisko podziela też piśmiennictwo i tak „przez oczywistą omyłkę pisarską należy rozumieć widocznie mylną pisownię wyrazu, ewidentny błąd gramatyczny, niezamierzone opuszczenie wyrazu lub jego części itp.” - Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, wyd. UZP, Warszawa 2007, str. 299, komentarz do przepisu art. 87 ust. 2 Pzp.

Próby zdefiniowania oczywistej omyłki pisarskiej w piśmiennictwie i w orzecznictwie wskazują zdaniem Izby, iż przewidziana w art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp możliwość poprawienia oczywistej omyłki w tekście oferty dotyczy takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a "oczywistość" omyłki rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenie lub inna niedokładność przypadkowa, która nasuwa się sama przez się każdemu, a dokonując poprawienia tej omyłki właściwy sens oświadczenia (treść oferty) pozostaje bez zmian. Z powyższego wynika, zdaniem Izby, w sposób bezsporny, że ocena oczywistości danej omyłki pisarskiej musi być dokonywana zawsze w kontekście treści całej wypowiedzi oraz w odniesieniu do danych okoliczności sprawy.

W ocenie Izby, nie budzi jakichkolwiek wątpliwości fakt, iż wskazana przez odwołującego w formularzu oferty data zawiera błędny zapis w części dotyczącej określenia roku i to niezależnie od wymagań zamawiającego co do terminu realizacji zamówienia, określonych w siwz. W momencie bowiem złożenia oferty przez odwołującego t.j. w dniu 28

października 2008 r. termin 30 czerwca 2008 r. już minął. Podanie zatem tej daty jako oferowanego terminu realizacji zamówienia stanowi w niezaprzeczalny sposób omyłkę pisarską, z czym zgodziły się także obie strony wyrażając swoje stanowiska w postępowaniu. Ponadto, wskazana przez wykonawcę data 30 czerwca (2008 r.) bez wątpienia, jeśli chodzi o dzień i miesiąc, mieściła się w granicach terminów określonych przez zamawiającego w specyfikacji, co wskazuje, iż wykonawca wpisując tę datę miał na uwadze wymagania zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. O oczywistości omyłki pisarskiej polegającej na podaniu w formularzu ofertowym roku 2008 zamiast 2009 świadczy treść oferty, złożonej przez wykonawcę. W szczególności oczywistość powyższa wynika z kontekstu pełnej treści oświadczenia zawartego w pkt 3 formularza ofertowego dotyczącego zaoferowanego terminu zakończenia realizacji zamówienia zawierającego oprócz błędnie podanej daty także zapis: „zakończenie realizacji nie może być wcześniejsze niż dzień 30 kwietnia 2009 r. i późniejsze niż dzień 15 września 2009 r.” O widocznej na pierwszy rzut oka niezamierzonej omyłce pisarskiej świadczy również treść, zawarta w parafovanym przez odwołującego, projekcie umowy złożonym w ofercie, w którym wykonawca potwierdził określony termin realizacji zamówienia zgodny z wymaganiami siwz.

Z uwagi na powyższe, należy uznać, że wykonawca składając ofertę i wskazując termin realizacji zamówienia - datę 30 czerwiec 2008 r. zamierzał wskazać rok 2009. W ocenie Izby, omyłka polegająca na wpisaniu w tym miejscu roku 2008 jest oczywistym błędem pisarskim, widocznym „na pierwszy rzut oka” dla każdego przeglądającego ofertę. Należy przy tym podkreślić, iż uznanie powyższej omyłki za oczywistą i podlegającą poprawieniu przez zamawiającego nie prowadzi do zmiany rzeczywistej treści i sensu oświadczenia wykonawcy, wyrażonego w ofercie w odniesieniu do terminu realizacji zaoferowanego przez wykonawcę.

W tych okolicznościach Izba uznała, że popełniona przez odwołującego omyłka pisarska podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, a w konsekwencji oferta złożona przez Delta-Prid Sp. z o.o. nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, jako nieodpowiadająca treści siwz w zakresie terminu realizacji zamówienia.

Biorąc za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a oraz ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 Płocku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

** niepotrzebne skreślić*