

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 04 luty 2009 roku

Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:
Przewodniczący: SSO Marek Grodziński
Sędziowie: SSO Jolanta Safader-Skwarlińska

SSO Grażyna Tarkowska (spr.)

Protokolant: Beata Krenc

po rozpoznaniu w dniu 04 lutego 2009 roku, w Gdańsku, na rozprawie

sprawy ze skargi odwołującego wykonawcy- Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu

z udziałem zamawiającego Skarbu Państwa- Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Gdyni w przedmiocie zamówienia publicznego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09 grudnia 2008 roku

sygn. akt KIO/UZP 1345/08

I. zmienia zaskarżony wyrok:

1. w punkcie pierwszym w ten sposób, że uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego wykonawcy- Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu,
- b) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- c) dokonanie czynności ponownego badania, oceny i wyboru oferty;

2. w punkcie drugim w ten sposób, że kosztami postępowania obciąża

Zamawiającego Skarb Państwa- Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni i nakazuje w punkcie drugim podpunkt drugi: dokonać wpłaty kwoty 7.664,00 zł (siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote) przez Skarb Państwa Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni na rzecz Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

II. zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawcy- Impel Cleaning Spółki

z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu kwotę 3.600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego * " "

Skarb Państwa - Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi polegające na: „utrzymaniu porządku i czystości pomieszczeń budynków, sprzątanie dróg, chodników i placów utwardzonych oraz utrzymanie i pielęgnację terenów zieleni w kompleksach wojskowych administrowanych przez W AK Hel.

W dniu 17 października 2008 r. zamawiający poinformował Impel Cleaning Spółkę z o.o. z siedzibą we Wrocławiu o odrzuceniu jej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 Pzp oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 wobec tego, iż nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu.

W dniu 24 października 2008 roku Spółka Impel Cleaning wniosła protest na czynności zamawiającego zarzucając naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 88 ust. 1 pkt. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 6, art. 91 ust. 1 i 2 Pzp oraz domagając się uchylecia czynności zamawiającego w przedmiocie odrzucenia jego oferty oraz uchylecia unieważnienia postępowania i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Uzasadniając swoje stanowisko protestujący Impel Cleaning Spółka z o.o. wskazał, iż przedstawiona przez niego oferta jest ważna i nie podlega odrzuceniu, a unieważnienie postępowania jest bezpodstawne. Protestujący argumentował, iż zaoferowana przez niego cena została obliczona prawidłowo z uwzględnieniem wszystkich wymogów zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jego zdaniem podana cena jest ceną ryczałtową i jako taka jest poprawna, niezależnie od sposobu jej obliczenia.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 180 ust. 2 Pzp. Zamawiający nie dokonał rozstrzygnięcia protestu. Brak rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego zgodnie z treścią art. 183 ust. 3 Pzp uznaje się za jego oddalenie.

Pismem z dnia 13 listopada 2008 r. Spółka Impel Cleaning wniosła odwołanie, w którym podtrzymała zarzuty, żądania i wnioski zawarte w proteście.

Wyrokiem z dnia 09 grudnia 2008 roku Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie i kosztami postępowania obciążyła Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu.

Uzasadniając swoje rozstrzygnięcie Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że zgodnie z pkt. VIII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia cenę oferty należało określić w wysokości brutto oraz podać kwotę VAT (zgodnie z załącznikiem nr 1). Podstawę do obliczenia ceny stanowił formularz cenowy (załącznik nr 3 do Specyfikacji), który należało załączyć do oferty. Z treści załącznika nr 3 do Specyfikacji Istotnych Warunków zamówienia: z nazwy kolumny 5 „Wartość netto zamówienia za 48 miesięcy (zł)” i kolumny 6 „Wartość brutto zamówienia za 48 miesięcy (zł)”, a także z zawartego pod tabelą wyjaśnienia zd. drugie: „W kolumnie „Wartość netto zamówienia za 48 miesięcy (zł)” należy wpisać iloczyn ceny jednostkowej netto i powierzchni” wynika wymóg podania ceny poszczególnych usług, w tym usługi utrzymania w czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym, za 48 miesięcy.

Tymczasem Spółka Impel Cleaning przyjęła dla pozycji 4, w kolumnie 5 i 6 formularza ofertowego wartość usługi za okres 16 miesięcy.

Mając na względzie powyższe Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż treść oferty Spółki Impel Cleaning nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, co w jej przekonaniu skutkuje odrzuceniem oferty na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej obliczenie ceny ofertowej przez Impel Cleaning Sp. z o.o. w sposób odmienny od wymogów opisanych przez zamawiającego oznacza, iż taka oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, który nie nadaje się do poprawienia. Krajowa Izba Odwoławcza argumentowała, iż w wyniku przyjęcia przez Impel Cleaning odmiennego okresu realizacji części zamówienia - 16 miesięcy, zamiast 48 miesięcy oferta ta stała się nieporównywalna z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu i jako tak podlegała odrzuceniu. Dlatego też zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Spółki Impel Cleaning na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 6 Pzp, a ze względu na to, iż nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu należało na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Na powyższe rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z przepisem art. 194 ust.1 w związku z art. 179 ustawy Pzp skargę złożyła Impel Cleaning Spółka z o.o. we Wrocławiu zarzucając temu wyrokowi naruszenie przepisów prawa materialnego oraz przepisów postępowania mające istotny wpływ na treść orzeczenia, tj.

- art. 190 ust. 2 Pzp poprzez wydanie przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wyroku bez rozpoznania istoty sprawy,
- art. 188 ust. 7 Pzp poprzez przekroczenie przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej granic swobodnej oceny dowodów,
- art. 191 ust. 3 Pzp poprzez przekroczenie przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej kompetencji i orzekanie co do zarzutów nie ujętych w proteście i rozstrzygnięciu przetargu przez zamawiającego,
- art. 89 ust. 1 pkt. 2 poprzez stwierdzenie konieczności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie tego przepisu, podczas, gdy nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty na tej podstawie;
- art. 89 ust. 1 pkt. 6 poprzez zaniechanie uchylenia przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty skarżącego,
- art. 87 poprzez zaniechanie wezwania zamawiającego do dokonania ponownego badania i oceny oferty odwołującego,
- art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 04 września 2008 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw poprzez niezastosowanie obowiązujących przepisów prawnych.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie odwołania w całości oraz o zasądzenie na rzecz skarżącego kosztów postępowania odwoławczego i skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych.

W uzasadnieniu swego stanowiska Spółka Impel Cleaning podtrzymała wszystkie zarzuty i wnioski wniesione w odwołaniu oraz wskazała, iż zaskarżony wyrok jest kolejnym wydanym przez Krajową Izbę Odwoławczą który rozstrzyga w sposób rozbieżny o identycznych zarzutach faktycznych i prawnych pomiędzy skarżącym a przeciwnikiem skargi - Rejonowym

f

Zarządem Infrastruktury w Gdyni. Świadczy to zdaniem skarżącego o braku rzetelnego rozpoznania sprawy przez składy orzekające Krajowej Izby Odwoławczej. Skarżący dołączył do skargi odpisy wyroków KIO,

wskazanych w uzasadnieniu niniejszej skargi, wraz z uzasadnieniami.

Spółka Impel Cleaning zaznaczyła, że istota zagadnienia które miała rozstrzygnąć KIO w tej sprawie sprowadzała się do tego, czy Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu prawidłowo odrzucił ofertę tej Spółki na podstawie art.89 ust.1 pkt.6 Pzp z uwagi na omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 Pzp lub błędy w obliczeniu ceny zawarte ofercie.

W opinii Zamawiającego skarżący podał błędną wartość w pozycji 4 kolumna 5 formularza cenowego (załącznik nr 3 do oferty), gdzie rzekomo wyliczono nieprawidłowo wartość usługi dla warunków zimowych. Błędne skalkulowanie wartości usługi polega według zamawiającego na podaniu dwóch wartości a) i b).

Wartość a) za 1 miesiąc i wartość b) za 16 miesięcy wykonania usługi.

W formularzu cenowym Zamawiający przewidział wyliczenie wartości za 48 miesięcy w związku powyższym wartość usługi podana przez Wykonawcę jest nieprawidłowa. Zamawiający jako przyczynę odrzucenia oferty podał zarówno omyłkę rachunkową jak i błąd w obliczeniu ceny, czyli całą dyspozycję pkt.6 ust.1 art.89 Pzp, zatem w istocie nie wskazał, która z dwóch przesłanek wskazanych w art.89 ust.1 pkt.6 ustawy Pzp znalazła zastosowanie w tej sprawie. W formularzu cenowym (załącznik nr 3 do Specyfikacji) Zamawiający, po ostatecznej jego modyfikacji dodał w kolumnie Lp. pozycję 4 (czwartą) o treści „tereny utwardzone w okresie zimowym”. Pod tabelą dodano zapis o treści, a odnoszący się tylko do dodanej pozycji 4 (czwartej). W pozycji 4 „Tereny utwardzone w okresie zimowym” w kolumnie „cena jednostkowa netto (zł/m²/m-c)” należy podać średnią arytmetyczną cenę jednostkową za 1 m² dla warunków zimy lekkiej, średniej i ciężkiej. W kolumnie wartość netto zamówienia za 48 miesięcy należy wpisać iloczyn ceny jednostkowej netto i powierzchni.

Zdaniem skarżącego podał on właściwą liczbę miesięcy, cenę miesięczną i cenę za 48 miesięcy, zaś w oświadczeniu wyjaśnił sposób kalkulacji. ⁵

KIO za podstawę swojego rozstrzygnięcia przyjęła ustalenie, że mimo uznania za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.89 ust.1 pkt. 6 ustawy Pzp, Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na fakt, iż stwierdzone naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania wobec konieczności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art.89 ust.1 pkt.2 ustawy Pzp. Tym samym KIO dokonała rozstrzygnięcia kwestii niespornej pomiędzy stronami, co do której żadna ze stron nie żądała rozstrzygnięcia.

W tej sytuacji Skarżący zarzucił, iż w przedmiotowej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza dokonała rozstrzygnięcia kwestii, nie objętej protestem i odwołaniem i co do której żadna ze stron nie żądała rozstrzygnięcia, natomiast zaniechała rozstrzygnięcia właściwego przedmiotu sporu, w wyniku czego wydała wyrok sprzeczny z obowiązującym prawem.

Skarżący podniósł, iż Krajowa Izba Odwoławcza błędnie zastosowała w niniejszej sprawie przepisy Pzp sprzed nowelizacji. Jego zdaniem zgodnie z treścią art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 04 września 2008 roku o zmianie ustawy - Prawo Zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008,

Nr 171, poz. 1058) do oceny przesłanek odrzucenia oferty i poprawiania pomyłek mają zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu obowiązującym od dnia 24 października br. Zatem Krajowa Izba Odwoławcza była obowiązana nakazać zamawiającemu dokonanie ponownej oceny oferty oraz zastosowanie

art. 87 ust. 2 pkt. 2 lub pkt. 3 ustawy Pzp, a nie podtrzymywać konstrukcję prawną już nie istniejącą.

Skarżący zarzucił, iż wyrok Krajowej Izby Odwoławczej został oparty na całkowitej dowolności w ocenie przedstawionych dowodów, a w żadnym miejscu jego uzasadnienia nie wskazano przesłanek jakimi skład orzekający kierował się przy uwzględnieniu jednych dowodów, a odmowie wiary innym dowodom. Zdaniem skarżącego Krajowa Izba Odwoławcza naruszyła zasadę logicznego interpretowania dowodów, a także nie uzasadniła w sposób logiczny wydanego rozstrzygnięcia.

Zamawiający na rozprawie apelacyjnej przed Sądem Okręgowym w Gdańsku wniósł o oddalenie skargi Spółki Impel Cleaning i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje.

Skarga Spółki Impel Cleaning zasługuje na uwzględnienie.

Przed rozważeniem zasadności zarzutów należy jednak w pierwszej kolejności wskazać, że ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r., nr 223, poz. 1655, ze zm., dalej *ustawa*) została zmieniona ustawą z dnia 04 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r., nr 171, poz. 1058). Ustawa ta weszła w życie w dniu 24 października 2008 r. W pierwszym rzędzie należy więc ustalić treść przepisów, jakie znajdują zastosowanie w niniejszej sprawie.

Zgodnie z treścią art. 4 ust. 1 ustawy zmieniającej do postępowań o udzielenie zamówienia i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem przepisów dotyczących zmiany ogłoszeń, zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprawiania omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia oferty, które stosuje się w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą. Ponadto, jak stanowi ust. 2 omawianego artykułu do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie ustawy oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg, stosuje się przepisy działu VI ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym ustawą.

Wobec faktu, że protest w niniejszej sprawie złożony został w dniu 24 października 2008 r., to jest w dniu wejścia w życie opisanej wyżej nowelizacji z 2008 r. ustawy Prawo zamówień publicznych, stosować należy w tej sprawie przepisy nowe w zakresie: zmiany ogłoszeń, zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprawiania omyłek w ofercie, i przesłanek odrzucenia oferty, jak również przepisy działu VI „Środki ochrony prawnej” w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 04 września 2008 r.

Z powyższych względów, w ocenie Sądu Okręgowego, uzasadniony jest zarzut skarżącego dotyczący naruszenia przepisu art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 04 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2008 r., Nr 171, poz. 1058) poprzez niezastosowanie obowiązujących przepisów prawa.

Sąd Okręgowy podziela stanowisko skarżącego, że odrzucenie jego oferty na podanych przez Zamawiającego podstawach faktycznych i prawnych należy uznać za niewłaściwe.

Zdaniem Zamawiającego oferta odrzucona została na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy, albowiem w pozycji formularza cenowego wyliczono nieprawidłową w ocenie zamawiającego wartość usługi dla warunków zimowych. W informacji o wyniku postępowania podano, że w formularzu

cenowym Zamawiający przewidział wyliczenie wartości za 48 miesięcy, w związku z czym wartość usługi podana przez wykonawcę jest nieprawidłowa.

Nie może więc ulegać, w ocenie Sądu Okręgowego, wątpliwości, że Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązana była do zbadania, czy w istocie oferta odwołującego została prawidłowo odrzucona oraz czy w trakcie postępowania zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując odwołanie z całą więc pewnością nie przekroczyła zakresu kognicji, ograniczonego przez art. 191 ust. 3 ustawy (w nowym brzmieniu, po uwzględnieniu w/w nowelizacji).

Przechodząc do rozważenia zasadności pozostałych zarzutów Spółki Impel Cleaning podniesionych w skardze, w ocenie Sądu Okręgowego, zasadny jest zarzut dotyczący naruszenia art. 190 ust.2 ustawy Pzp, to jest wydania wyroku przez KIO bez rozpoznania istoty sprawy, art.188 ust.7 ustawy Pzp przez przekroczenie przez KIO granic swobodnej oceny dowodów oraz zarzut naruszenia przepisu art.89 ust.1 pkt.2 ustawy Pzp przez stwierdzenie konieczności odrzucenia oferty Odwołującego na tej podstawie, art.89 ust.1 pkt.6 ustawy Pzp przez zaniechanie uchylecia przez KIO decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Skarżącego, art.87 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Zamawiającego do dokonania ponownego badania i oceny oferty Odwołującego.

Zdaniem Sądu Okręgowego Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez Spółkę Impel Cleaning powinna wydać rozstrzygnięcie zgodnie z przepisem art.191 ust.2 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp, to jest uwzględniające odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty tej Spółki, nakazać unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i nakazać dokonanie czynności ponownego badania, oceny i wyboru oferty.

Sąd Okręgowy podziela pogląd skarżącego- Spółki Impel Cleaning, że wynagrodzenie w tym przetargu ma charakter ryczałtowy, ale jedynie w odniesieniu do pozycji 1,2,3 formularza cenowego i ofertowego, bowiem wynagrodzenie za usługi w tych pozycjach w kwotach płatnych za okresy miesięczne ma charakter stały przez cały okres trwania umowy. Wynagrodzenie to może być zmienione jedynie przez zmiany powierzchni. Natomiast w odniesieniu do rozliczeń za usługi określone w poz. 4 formularza cenowego, to jest zimowego utrzymania terenów utwardzonych, ryczałtowy charakter mają jedynie ceny jednostkowe wyszczególnione dla warunków zimy lekkiej, średniej i ciężkiej liczone w złotych za 100 m na dobę.

Rozliczenia za zimowe utrzymanie terenów utwardzonych będą odbywały się na podstawie cen jednostkowych, stosownie do okresu oraz faktycznie panujących warunków atmosferycznych.

Zważyć należy, iż skoro zamawiający określił w specyfikacji technicznej warunki zimowego utrzymania terenów utwardzonych na 16 miesięcy w okresie 48 miesięcznego trwania umowy, to trudno zarzucić skarżącej Spółce, że uwzględniła te wytyczne w obliczeniu ceny oferty, po to żeby sztucznie nie zawyżać wynagrodzenia ponad skalkulowane składniki cenowe za faktyczny okres wykonywania usługi (w tym wypadku 16 miesięcy w ciągu całego 48 miesięcznego okresu trwania umowy).

Podkreślić należy, że także zamawiający do obliczenia szacunkowej wartości zamówienia dla okresu zimowego przyjął okres 16 miesięcy.

Zgodnie z treścią załącznika nr 3, po uwzględnieniu jego modyfikacji, zamawiający wymagał podania w tabeli cen jednostkowych netto za m² za

miesiąc oraz wartości netto i brutto zamówienia za okres 48 miesięcy dla utrzymania w czystości odpowiednio: obiektów kubaturowych (poz. 1 wykazu), terenów zielonych (poz. 2 wykazu), terenów utwardzonych poza zimą (poz. 3 wykazu) i terenów utwardzonych w okresie zimowym (poz. 4 wykazu). Pod tabelą zamawiający umieścił postanowienie o treści „w pozycji 4 „tereny utwardzone w okresie zimowym” w kolumnie „cena jednostkowa netto (zł/m²/m-c)” należy podać średnią arytmetyczną cenę jednostkową za 1 m² dla warunków zimy lekkiej, średniej i ciężkiej. W kolumnie „wartość netto zamówienia za 48 m-cy (zł)” należy wpisać iloczyn ceny jednostkowej netto i powierzchni”.

Niewątpliwie jest, że sposób obliczenia skalkulowanej ceny oferty za świadczenie usług w okresie zimowym budził wątpliwości. Jeden z wykonawców zadał pytanie dotyczące formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 3. W pytaniu tym sformułowana została wątpliwość co do prawidłowości tego załącznika, bowiem według specyfikacji okres zimowy liczony miał być od 01 listopada do 31 marca (4 miesiące), a w tabelce należało podać cenę terenów utwardzonych w okresie pozazimowym za 48 m-cy. Logicznie z treści pytania wynika, że wykonawca chciał wyjaśnić wątpliwość związaną z faktem zawyżenia wartości całej usługi poprzez mnożenie wartości usługi utrzymania czystości w okresie zimowym przez 48 miesięcy (zamiast faktyczne 16 miesięcy). W odpowiedzi zamawiający wskazał, że w formularzu cenowym - kalkulacji (zał. 3) w poz. 3 - Tereny utwardzone - zamawiający wymaga przedstawienia ceny i wartości usługi utrzymania w czystości terenów utwardzonych bez uwzględnienia tzw. warunków zimowych. Czynności wykonywane przez wykonawcę w ramach tzw. zimy lekkiej, średniej i ciężkiej będą rozliczane przez zamawiającego w oparciu o przedstawione ceny w pkt. 4.

Należy zauważyć, że tak udzielona odpowiedź w żaden sposób nie rozwiewa wątpliwości wyrażonych w pytaniu, a jedynie wyjaśnia oczywistą okoliczność, że pozycja 3 tabeli nie odnosi się do warunków zimowych.

Powyżej przytoczone okoliczności wskazują, że na tle specyfikacji istotnych warunków zamówienia i załącznika nr 3 powstały co najmniej wątpliwości, które nie zostały w sposób jednoznaczny rozstrzygnięte w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie odniósł się w sposób jednoznaczny do zapytania o treść załącznika nr 3, a dokonując modyfikacji treści tego załącznika, pogłębił niejasność procedury. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, w odniesieniu do 4 wiersza tabelki stanowiącej załącznik nr 3 zamawiający wskazał, że w kolumnie „Wartość netto zamówienia za 48 m-cy (zł)” należy wpisać iloczyn ceny jednostkowej netto i powierzchni”. W wyjaśnieniu tym brak jest informacji o konieczności pomnożenia uzyskanej kwoty przez 48, choć kolumna powinna wskazywać wartość netto za tyle właśnie miesięcy.

W ocenie Sądu Okręgowego wątpliwości takie nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy, co oznacza, że interpretacja zamawiającego nie może w efekcie prowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 6 Pzp. Podkreślić należy, iż skoro zamawiający, mimo kierowanych pytań, nie określił, bez wątpliwości sposobu w jaki jednolicie wykonawcy mieli podać ceny w pozycji 4 załącznika nr 3 do oferty, to nie może odrzucić oferty z tego względu, że wbrew literalnemu brzmieniu przytoczonych wyżej zapisów specyfikacji uważał, iż odwołujący powinien wbrew zasadom logiki i podanego 16 miesięcznego okresu zimowego, podać cenę oferty za zimowe utrzymanie terenów utwardzonych za cały 48 miesięczny okres trwania umowy.

Skarżąca Spółka podała zatem w poz. 4a formularza cenowego (załącznik nr 3) cenę za okres miesięczny, a pod poz. 4b cenę przez cały okres trwania umowy (16 miesięczny okres zimowy w ciągu 48 miesięcznego trwania całej umowy). Natomiast przeniesienie do pozycji 4 formularza ofertowego ceny

brutto za 16 miesięcy, zamiast podanej w po.4a formularza cenowego ceny brutto jest błędem wywołanym przez zamawiającego. Wykonawcę jednak nie

mogą obciążać negatywne skutki braku precyzji zamówienia, brak jednoznacznych sformułowań.

Zamawiający przygotowując się do procedury zamówienia publicznego winien dołożyć należytej staranności i sformułować postanowienia SIWZ oraz wymaganych załączników w taki sposób, aby wykluczyć jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące treści składanych ofert. Ponadto wydaje się, że zamawiający nie ma całkowitej dowolności w formułowaniu treści SIWZ. Kierować się bowiem powinien w tym zakresie racjonalnością, eliminując sytuacje prowadzące do zawyżania wartości zamówienia. Pytanie skierowane do zamawiającego przez jednego z zamawiających zwracało uwagę na niejasność proceduralną i merytoryczną, dotyczącą jednego z załączników, jednakże zamawiający w zasadzie nie zareagował na ową uwagę. Zamawiający nie określił jednoznacznie, w jaki sposób ma się cena obliczona i podana w formularzu, dla porównania ofert, przeniesiona do umowy jako ogólne wynagrodzenie, do rzeczywistej wartości umowy, wynikającej z rozliczeń w trakcie realizacji zamówienia. Owo zaniechanie, połączone z błędnie sformułowaną treścią wyjaśnień dotyczących załącznika nr 3, doprowadziło do złożenia ofert, które zamawiający ocenił jako nieprawidłowe i odrzucił.

W ocenie Sądu Okręgowego nie ma najmniejszych wątpliwości, że była to „omyłka widoczna, niezamierzona niedokładność” (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 kwietnia 2008 r., KIO/UZP 265/08, LEX nr 395895), która nie może prowadzić do odrzucenia oferty, lecz podlega sprostowaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy.

Należy mieć także na względzie, że w dniu 24 października 2008 r. weszła w życie nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych, która między innymi dokonała zmiany odnoszącej się do poprawiania omyłek w ofercie, co zostało już omówione na wstępie niniejszych rozważań.

Zaznaczyć jednak należy, iż nowelizacja z 2008 r. dokonała znaczących zmian w zasadach poprawiania omyłek w ofertach. Omyłki w ofertach ustawodawca ostatecznie podzielił na trzy grupy: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste rachunkowe, 3) inne- nie polegające na niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Poprawianie oczywistych omyłek pisarskich jest ugruntowaną w przepisach możliwością poprawiania błędów „oczywistych”, widocznych dla każdego, we wszystkich sytuacjach, w których nie ma wątpliwości, jakie powinny figurować dane prawidłowe, na przykład błędy w nazwiskach, nazwach firm, adresach, numerach NIP i Pesel itp.

Oczywiste omyłki rachunkowe są jednak nowością. W obecnie obowiązującym stanie prawnym nie obowiązuje już przepis art.88 Pzp, który określał katalog zasad, które służyły poprawianiu omyłek rachunkowych, niekoniecznie oczywistych. Istotne jedynie było aby poprawienie danej omyłki mogło nastąpić na podstawie wskazanych zasad. Ustawa w obecnym brzmieniu nie precyzuje, co należy uznać za „oczywistą omyłkę rachunkową” w rozumieniu art.87 ust.2 pkt.2 Ustawy Pzp. W ocenie Sądu Okręgowego przepis ten dotyczy omyłek rachunkowych posiadających cechę „oczywistości”, to jest „nie budzących wątpliwości”, dostrzegalnych przez każdą, przeciętną osobę. Poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej musi przy tym towarzyszyć poprawienie jej skutków w ofercie (formularzu ofertowym), co skutkuje koniecznością przesłania całej oferty i poprawienia wszystkich zmian spowodowanych omyłkowym obliczeniem.

Natomiast przepis art.87 ust.2 pkt.3 ustawy Pzp nakazuje poprawić omyłki w treści oferty polegające na niezgodności z treścią specyfikacji, o ile ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. O stopniu istotności zmian będzie faktycznie decydował zamawiający. Zatem zamawiający będzie mógł zmienić treść oferty po jej złożeniu przez wykonawcę w zakresie, w jakim uzna to za stosowne, mając na uwadze zakaz dokonywania „istotnych” zmian w treści oferty. Granicą tych zmian będzie interpretacja słowa „istotny”. Należy przy tym podkreślić, że omyłka w tym przypadku nie musi mieć cech oczywistości, (por. A. Szyszkowski, A. Trześniewska- Markowicz, „Prawo zamówień publicznych”, Komentarz dla praktyków, OODK, Gdańsk 2009r. , str. 164-166).

Należy też podkreślić użyty przez ustawodawcę w art.87 ust.2 Pzp zwrot „zamawiający poprawia” wskazuje, że zamawiający nie ma w tym zakresie swobody lecz obowiązek poprawienia.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza w zakresie poprawiania omyłek w ofercie miała obowiązek zastosować przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym od 24 października 2008 r.

Zgodnie z przepisem art.87 ust.2 pkt.2 ustawy Pzp Zamawiający ma więc obowiązek, dokonać na nowych zasadach poprawek omyłek rachunkowych znajdujących w treści oferty, tak aby w efekcie nie nastąpiło naruszenie ustawy i nie było podstawy do odrzucenia oferty składającego. Zamawiający nie może odrzucić oferty z tego tylko względu, że wbrew literalnemu brzmieniu zapisów SIWZ uważał, że wykonawca winien wbrew zasadom logiki i podanego 16 miesięcznego okresu zimowego, skalkulować cenę oferty za zimowe utrzymanie terenów utwardzonych, przyjmując do wyliczeń cały 48 miesięczny okres trwania umowy.

Nie można zapominać, że cała procedura zamówień publicznych ma na celu wyrównanie szans wykonawców - składających oferty, a zamawiającemu ma pomóc w znalezieniu oferty najbardziej odpowiadającej potrzebom (najkorzystniejszej). Skoro więc w ogłoszonym przetargu zamawiający chciał znaleźć wykonawcę oferującego najkorzystniejszą cenę, to winien zapewnić warunki respektujące porównywalność ofert przynajmniej w tym zakresie. W przeciwnym wypadku cel ustawy i procedury zamówienia publicznego nie zostanie osiągnięty, a zamawiający nie będzie w stanie wybrać oferty oferującej najniższą cenę.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy stwierdził, że podczas procedury zamówienia publicznego i wydania przez Krajową Izbę Odwoławczą zaskarżonego wyroku doszło do naruszenia wyżej wymienionych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Z tych powodów Sąd Okręgowy na podstawie art. 198 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655, ze zm.) orzekł jak w punkcie pierwszym i drugim sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego Sąd orzekł jak w punkcie trzecim sentencji na podstawie art. 198 u¹. 5 wymienionej wyżej ustawy.