

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 stycznia 2009 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Blanka Zorębska (spr.)

Sędziowie: SO Grażyna Jeziorowska

SO Krystyna Fańciszevska-Rąba

Protokolant: st. sekr. sądowy Anna Skrzypek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2009 r. w Katowicach

sprawy z odwołania POLKOMTEL Spółki Akcyjnej w Warszawie

przeciwko Komendzie Wojewódzkiej Policji w Katowicach

przy udziale PTK Centertel Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
w Warszawie

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi POLKOMTEL Spółki Akcyjnej w Warszawie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych
w Warszawie

z dnia 5 listopada 2008 r.

sygn. aktKIO/UZP 1180/08

- 1. oddala skargę,**
- 2. zasądza od wnoszącego skargę na rzecz zamawiającego kwotę 3.600,-
zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów zastępstwa
procesowego w postępowaniu przed Sądem Okręgowym.**

Na oryginale wk-
ZGODNOŚĆ

ówe podpis
ORYGINALE

Barbarie 1 S>Oji<i2

XIX Ga 502/08

Uzasadnienie

Zamawiający Komenda Wojewódzka Policji w Katowicach ogłosiła przetarg nieograniczony na udzielenie zamówienia publicznego na „Usługę telefonii komórkowej GSM wraz z dostawą telefonów i modemów do bezprzewodowej transmisji danych dla 2000 użytkowników jednostek Policji woj. Śląskiego”.

Następnie pismem z dnia 2.10.2008r. zamawiający powiadomił wykonawcę Polkomtel S.A. w Warszawie (powołując art.87 ust.2 oraz art.88 ust.1 pkt 1a i pkt 2a Prawa zamówień publicznych) o poprawieniu omyłek rachunkowych w trzech ofertach złożonych w postępowaniu w obliczeniu ceny ofertowej tj. w ofercie wskazano (...) złotych jako cenę brutto, a powinno być (...) złotych.

Pismem z dnia 3.10.2008r. zamawiający wezwał Polkomtel S.A. w Warszawie do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki rachunkowej w ofercie w ten sposób, iż cenę brutto w wysokości 458.776.06zł. poprawiono na kwotę 434.458.46zł.

W odpowiedzi pismem z dnia 8.10.2008r. Polkomtel S.A. wyraził zgodę na dokonaną poprawę omyłki, jednakże w piśmie z tej samej daty wniósł protest wobec dokonanych przez zamawiającego czynności poprawienia na podstawie art.88 ust.1 pkt 1a oraz pkt 2a Prawa zamówień ... omyłek rachunkowych w ofertach złożonych w postępowaniu przez wykonawców, a polegających na poprawieniu „ceny ofertowej” oraz czynności wezwania Polkomtel S.A. do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki rachunkowej w ten sposób, iż cenę brutto w wysokości 458.77.06zł. poprawiono na kwotę 434.458.46d.

Zamawiający w dniu 10.10.2008r. oddalił protest Polkomtel S.A. jako niezasadny.

Od powyższego rozstrzygnięcia protestu Polkomtel S.A. w Warszawie pismem z dnia 15.10.2008r. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, domagając się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności poprawienia na podstawie art.88 ust.1 pkt 1a oraz pkt 2a Prawa zamówień ... omyłek rachunkowych w ofertach złożonych w postępowaniu przez wykonawców tj. Polkomtel S.A. w Warszawie, Polską Telefonię Cyfrową Sp. z o.o. w Warszawie oraz PTK Centertel Sp. z o.o. w Warszawie o której zamawiający zawiadomił wykonawców pismem z dnia 2.10.2008r. oraz unieważnienia czynności wezwania Polkomtel S.A. do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki rachunkowej w ofercie Polkomtel w ten sposób, iż cenę brutto w wysokości 458.776.06zł. poprawiono na kwotę 434.458.46zł.

Odwołujący zarzucił naruszenie art.88 ust.1 pkt 1a i 2a Prawa zamówień... przez ich błędną wykładnię i przyjęcie, że mają one zastosowanie do ofert złożonych w postępowaniu, podczas gdy oferty wraz z ofertą odwołującego zostały sporządzone prawidłowo i zgodnie z SIWZ. Zatem brak uzasadnienia do dokonania poprawek omyłek rachunkowych w sposób

przeprowadzony przez zamawiającego, zarzucił również naruszenie art.183 ust.4 Prawa zamówień ... przez rozstrzygnięcie protestu w terminie otwartym dla wykonawców do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, przez co zamawiający pozbawił się możliwości poznania między innymi żądań tych wykonawców w zakresie zarzutów zawartych w proteście.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu postępowania w dniu 5.11.2008r. wydała w sprawie wyrok, mocą którego oddaliła odwołanie Polkomtel S.A. w Warszawie i orzekła o kosztach postępowania zgodnie z art.191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień...

W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności KIO przywołując art.179 ust.1 Prawa zamówień... ustaliła, iż odwołujący nie wykazał, że w niniejszym przypadku działanie zamawiającego polegające na poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej w jego ofercie oraz w pozostałych ofertach prowadzi do uszczerbku w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia. KIO podkreśliła, iż odwołujący w wyznaczonym terminie wyraził zgodę na poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej w jego ofercie. Oświadczenia takie złożyli również pozostali wykonawcy. Oświadczenie odwołującego o treści „, wyrażam zgodę na poprawienie przez Zamawiającego omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny w ten sposób, że kwota 458.776.06zł. została zastąpiona kwotą 434.458.46d.” jest jednoznaczne i wiążące (art.61kc. w zw. z art.14 Prawa zamówień...) i nie zostało odwołane przez Polkomtel S.A. Skoro odwołujący zaakceptował działanie zamawiającego trudno uznać, że wykazał interes prawny, iż doznał uszczerbku na skutek tych działań.

W ocenie KIO wykonawca nie godzący się na takie działanie zamawiającego winien je oprotestować, ale nie składać oświadczenia o akceptacji dokonanej poprawki, a ewentualne odrzucenie oferty odwołującego w trybie art.88 ust 1 pkt 7 Prawa zamówień ... na skutek nie wyrażenia zgody na poprawę omyłki nie pozbawiałoby odwołującego prawa do skorzystania w tym zakresie ze środków ochrony prawnej.

Na mocy art.88 ust.1 pkt 7 Prawa zamówień ... (w brzmieniu sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 4.09.2009r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw Dz.U.nr 171, poz. 1058) zarówno termin na wniesienie protestu jak i udzielenia zgody na dokonane poprawki oczywistych omyłek wynosił 7 dni licząc dla wyrażenia zgody od otrzymania zawiadomienia, a dla protestu od dnia powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Podkreśliła KIO, iż odwołujący, który jest profesjonalistą na rynku obrotu gospodarczego winien mieć świadomość konsekwencji składanych przez siebie oświadczeń woli oraz obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa. Ustawie Prawo zamówień publicznych ... nie jest znana, w zakresie wyrażania zgody na poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej, instytucja warunkowego wyrażania tej zgody, ze względu na fakt, że oświadczenie to musi być złożone w nieprzekraczalnym terminie 7 dni, a uzależnienie w tym przypadku przez odwołującego skuteczności tego oświadczenia od zdarzenia przyszłego i niepewnego, jakim jest odrzucenie oferty, które również podlega zaskarżeniu przez odwołującego, jest nie do pogodzenia w świetle obowiązujących w tym zakresie przepisów (art.89 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień...).

Zdaniem KIO odwołujący nie wykazał w postępowaniu, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania.

KIO nie znalazła również podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 191 ust.3 zd.2 Prawa zamówień..., bowiem rozstrzygnięcie protestu przez zamawiającego przed upływem terminu na zgłoszenie przez wykonawców przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu nie może pozbawić wykonawców prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, a w związku z tym naruszenie to nie ma wpływu na wynik postępowania, nie jest również rażącym naruszeniem przepisów ustawy skutkującym nieważnością umowy (art. 146 Prawa zamówień ...)

Dodatkowo KIO wskazała, iż zapisy SIWZ dotyczące Kak - jednorazowego łącznego kosztu

aktywacji związanego z uruchomieniem i przeniesieniem numerów telefonów - wskazywały na łączny koszt aktywacji związany z uruchomieniem i przeniesieniem numerów telefonów. Skargę na powyższy wyrok KIO wniósł Polkomtel S.A. w Warszawie domagając się zmiany zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenia co do istoty sprawy tj. uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności poprawienia na podstawie art.88 ust.1 pkt 1a Prawa zamówień... omyłek rachunkowych w ofertach złożonych w postępowaniu przez wykonawców Polkomtel S.A. w Warszawie, Polską Telefonię Cyfrową Sp. z o.o. w Warszawie i PTK Centertel Sp. z o.o. w Warszawie o której zamawiający powiadomił wykonawców pismem z dnia 2.10.2008r. oraz unieważnienia czynności wezwania Polkomtel S.A. do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki rachunkowej w jego ofercie w ten sposób, że cenę brutto w wysokości 458.776.06zł. poprawiono na kwotę 43.458.46zł. ewentualnie - jeżeli w ocenie Sądu powyższe nie będzie możliwe ze względu na stan postępowania w chwili orzekania - unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „usługę telefonii komórkowej GSM wraz z dostawą telefonów i modemów do bezprzewodowej transmisji danych dla 2.000 użytkowników jednostek Policji woj. Śląskiego”. Nadto skarżący wniósł o zasądzenie od przeciwnika skargi kosztów postępowania wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wnoszący skargę zarzucił naruszenie prawa materialnego tj.:

art.65§ kc w zw. z art.14 Prawa zamówień... przez jego błędną wykładnię polegającą na nieuwzględnieniu wszystkich okoliczności, w których zostało złożone oświadczenie o wyrażeniu zgody na poprawienie omyłek rachunkowych, polegających na jednoczesnym zakwestionowaniu czynności zamawiającego w drodze złożonego protestu i w konsekwencji nie uznanie, iż zgoda ta nie została wyrażona w sposób kategoryczny;

art.89kc w zw. z art.14 Prawa zamówień ... przez jego niezastosowanie do ustalonego w sprawie stanu faktycznego i nie przyjęcie, że zgoda skarżącego na poprawienie przez zamawiającego omyłek rachunkowych w jego ofercie była oświadczeniem woli złożonym z zastrzeżeniem warunku rozwiązującego i w konsekwencji błędne przyjęcie, iż skarżący nie ma interesu prawnego w kwestionowaniu czynności poprawienia omyłek rachunkowych przez zamawiającego;

art.179 ust.1 i art. 184 ust 1 Prawa zamówień...przez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż skarżący wskutek wyrażenia zgody na poprawienie omyłki rachunkowej w jego ofercie nie ma interesu prawnego w kwestionowaniu czynności zamawiającego, wskutek czego Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie skarżącego bez rozpoznania istoty sprawy i ustosunkowania się do kwestii prawidłowości czynności poprawienia omyłek rachunkowych w ofertach złożonych w postępowaniu;

oraz naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na treść orzeczenia tj.:

art. 190 ust.2 Prawa zamówień ... przez błędne ustalenie stanu faktycznego i ewentualne przyjęcie, że zgoda skarżącego została wyrażona pod warunkiem rozwiązującym polegającym na odrzuceniu oferty skarżącego, podczas gdy warunek rozwiązujący (ustanie skutków wyrażonej zgody) polega na unieważnieniu czynności poprawienia omyłek rachunkowych, wskutek czego Krajowa Izba Odwoławcza nie rozpoznała istoty sprawy i nie odniosła się do prawidłowości czynności poprawienia omyłek rachunkowych, wobec czego naruszenie to ma istotny wpływ na treść orzeczenia.

Wnoszący skargę podkreślił, iż na mocy art. 14 Prawa zamówień... do czynności

podjęmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy Kodeks Cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Ponieważ Prawo zamówień ... jako *lex specialis* kwestii oświadczeń woli złożonych z zastrzeżeniem warunku nie reguluje, zatem zastosowanie winien mieć art.89kc. Z mocy tego przepisu zasadajest dopuszczalność warunku, dlatego niemożliwość jego zastrzeżenia nie może być interpretowana rozszerzająco. W niniejszym przypadku skarżący zakwestionował w drodze protestu czynność poprawienia omyłek rachunkowych, warunek ten polega na unieważnieniu czynności (w wyniku skorzystania czy to z protestu, czy innych środków ochrony prawnej), co unicestwiłoby skutki wyrażonej zgody (skutki te ustałyby w razie unieważnienia czynności przez zamawiającego, co spowodowałoby „powrót” do cen sprzed zakwestionowanego poprawienia omyłek rachunkowych).

Zgodnie z art.89 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień... w brzmieniu obowiązującym do dnia 23.10.2008r. zamawiający zobligowany był do odrzucenia oferty, jeśli wykonawca w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny, dlatego skarżący zgodę tą wyraził.

Krajowa Izba Odwoławcza odmówiła prawa skarżącemu do skorzystania ze środków ochrony prawnej na czynność poprawienia omyłek rachunkowych, czym naruszyła art.179 ust. 1 i art. 184 ust. 1 Prawa zamówień... KIO w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wskazała, iż wykonawca oprotestowując czynność zamawiającego poprawienia omyłek rachunkowych winien wstrzymać się z oświadczeniem o wyrażeniu zgody na tą poprawę jednak podkreśliła też, iż 7 dniowy termin na wyrażenie tej zgody jest nieprzekraczalny.

Na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych wniesienie protestu skutkuje zawieszeniem jedynie terminu związania ofertą (art. 181 ust. 1), nie wynika z nich natomiast taki skutek dla terminu przewidzianego na wyrażenie zgody na poprawę omyłek rachunkowych. Zatem jeśli wykonawca nie chce dopuścić do odrzucenia jego oferty na podstawie art.89 ust 1 pkt 7 Prawa zamówień... musi wyrazić zgodę na poprawienie omyłki, przez co nie ma realnych szans na korzystanie ze środków ochrony prawnej.

Skarżący podkreślił, iż jego oferta jak i oferty innych wykonawców zgłoszone w postępowaniu zostały sporządzone prawidłowo zgodnie z SIWZ, dlatego nie było podstaw do dokonywania poprawek oczywistych omyłek rachunkowych.

Wnoszący skargę zarzucił nadto naruszenie art. 183 ust.4 Prawa zamówień ... przez rozstrzygnięcie protestu w terminie otwartym dla wykonawców do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, przez co zamawiający pozbawił się możliwości poznania między innymi żądań tych wykonawców w zakresie zarzutów zawartych w proteście.

W rozstrzygnięciu protestu z dnia 10.10.2008r. zamawiający wskazał, iż wykonawca „zgodnie z pkt X SIWZ miał obliczyć cenę oferty z zastosowaniem wzoru w pkt 4 w załączniku nr 3 do SIWZ (...) Wskazanie konkretnego miejsca w którym doszło do omyłki rachunkowej jest niemożliwe z uwagi na brak wymogu w SIWZ podania obliczeń częściowych przez Wykonawców, Jednakże z uwagi na fakt, że na wskazany w SIWZ wzór składają się wyłącznie operacje rachunkowe polegające na mnożeniu cen jednostkowych brutto przez wskazaną ilość jednostek oraz sumowaniu otrzymanych iloczynów bez względu na miejsce, w którym protestujący popełnił omyłkę rachunkową, będzie ona wyczerpywać znamiona art.88 ust 1 Prawa zamówień...

Zamawiający po poprawce przyjął wartość Kak (koszt aktywacji) w wysokości 12.20zł. Działanie to jest nieprawidłowe, gdyż oznaczałoby, że Kak został obliczony przez pomnożenie liczby 1 przez cenę jednostkową brutto w wysokości 12.20zł.

Jak wynika z pkt 4 zał. nr 3 do SIWZ Lat i Lam (łącznie liczba aktywacji - karty SIM w telefonach i modemach) wynosi 2.000, a nie 1.

Skarżący przyjął, iż aby uzyskać wartość Kak cena jednostkowa w wysokości 12.20zł. winna zostać pomnożona przez liczbę 2.000 z uwagi na to, że:

- w formularzu ofertowym - zał. nr 7 do SIWZ wszystkie ceny były określone jako ceny jednostkowe tj. dotyczące jednej karty SIM;
- koszt aktywacji jest opłatą, która jest ponoszona w odniesieniu do każdej karty SIM, bowiem SIWZ zakłada harmonogram aktywizacji (karty SIM nie mogą być aktywowane w jednym czasie);
- aktywacje będą dokonywane dla poszczególnych jednostek Policji (KWP, KMP i KPP) zał. nr 3 do SIWZ pkt 2 lit. i oraz j, a każda z tych jednostek będzie otrzymywała odrębne faktury. Koszt aktywacji nie mógł zostać ujęty w kosztach comiesięcznych, bowiem jest poniesiony jeden raz, ale dla każdej karty SIM oddzielnie.

Wszelkie nieścisłości w zapisach SIWZ nie powinny być interpretowane na niekorzyść wykonawców.

Zarzucał również wnoszący skargę, iż czynność poprawienia omyłki rachunkowej jest wadliwa z przyczyny nie spełnienia wymogu zawartego w załączniku nr 7 do SIWZ zgodnie, z którym cena jednostkowa musi być zaokrąglona do drugiego miejsca po przecinku, a następnie po doliczeniu stawki VAT należało wyliczyć cenę jednostkową brutto i ją również zaokrąglić do drugiego miejsca po przecinku. Zamawiający wskazał, iż błędnie wyliczona cena jednostkowa brutto skutkować będzie odrzuceniem ofert z uwagi na brak podstawy prawnej do jej poprawienia. Tymczasem zamawiający Kpoł (średni miesięczny koszt połączeń komórkowych realizowanych przez pojedynczego abonenta komórkowego) wyliczył na kwotę 5.9715zł. powyższe jest również sprzeczne z art.1 ust.1 ustawy z dnia 7.07.1994r. o denominacji złotego zgodnie z którym złoty polski dzieli się na 100 groszy.

W odpowiedzi na skargę zamawiający wniósł o jej oddalenie i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania.

Zamawiający po otwarciu zgłoszonych w przetargu ofert stwierdził ich wadliwość, dlatego dokonał poprawy oczywistych omyłek w wyliczeniu ceny ofertowej zgodnie z art.87 i 88 Prawa zamówień... Skarżący w niniejszym przypadku nie będąc pewnym słuszności swojego stanowiska wyrażając zgodę na poprawę omyłki rachunkowej zostawił sobie możliwość ewentualnego późniejszego wyrażenia zgody na czynności zamawiającego, a nadto wniósł protest na tę czynność.

W ocenie zamawiającego skoro przepisy prawa zamówień publicznych nie przewidują możliwości warunkowego wyrażenia zgody nie można tej instytucji przenieść z Kodeksu Cywilnego na mocy przepisu art. 14 Prawa zamówień ..jako sprzecznej z innymi rozwiązaniami przewidzianymi tą ustawą np. związania wykonawcy ofertą, wyjaśnienia złożonej ofertowej czy w końcu wyrażenia zgody na poprawienie omyłek w złożonej ofercie. Skarżący w niniejszym przypadku dożył dwa sprzeczne oświadczenia tj. wyraził zgodę na dokonaną przez zamawiającego poprawę omyłki i oprotestował tą czynność zamawiającego jako bezprawną.

W SIWZ składnik Kak został ściśle określony, a KIO stwierdziła, iż zapisy SIWZ wskazywały na łączny koszt aktywacji związany z uruchomieniem i przeniesieniem numerów telefonów.

Zamawiający przytoczył poszczególne zapisy zawarte w SIWZ oraz w załącznikach dotyczące zasad wyliczania poszczególnych składników cen i podkreślił, iż w żadnym punkcie SIWZ zamawiający nie wskazał sposobu obliczenia Kak. Tym samym skarżący mógł w sposób dowolny wartość tą wyliczyć, jednak w pkt. 6 - szczegółowej ofercie cenowej winien być podany jeden łączny koszt dla wszystkich telefonów.

Podkreślił zamawiający również i to, iż wybór oferty skarżącego bez dokonania poprawy wskazanej omyłki skutkowałby wybraniem oferty, która nie zawierała wszystkich kosztów. Zamawiający nie odniósł się do zarzutu dotyczącego dokonania poprawy omyłki przez wyliczenie kwoty do czterech miejsc po przecinku, co jest niezgodne z SIWZ bowiem zarzut ten nie został zawarty w proteście, a nadto skarżący wyraził zgodę na tą poprawę.

Wyjaśnił również zamawiający, iż mimo świadczenia usług dla różnych jednostek policji garnizonu śląskiego płatnikiem będzie wyłącznie Komenda Wojewódzka Policji w

Katowicach, dlatego nie ma konieczności rozdzielania płatności na różne faktury. Cena aktywacji jest nie tylko jednorazowa, ale i jednostkowa.

Zamawiający wskazał, iż 3.12.2008r. pismem Ldz. ZP 2380-215-212/4532/2008 poinformowano wykonawców, którzy złożyli ofertę o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty skarżącego na podstawie art.89 ust.1 Prawa zamówień... jako nie zgodnej z SIWZ w pkt VIII. 1. W pkt VIII. 1 SIWZ. Zamawiający wymagał załączenia do ofert wypełnionego załącznika nr 7 do SIWZ tj. szczegółowej oferty cenowej, a pismem z dnia 3.09.2008r. Ldz.ZP-2380-215-212/319/2008 zamawiający odpowiedział na pytanie nr 3 dokonał modyfikacji załącznika nr 7 do SIWZ poprzez dodanie kolumny „cena jednostkowa netto”. Zmodyfikowany załącznik został zamieszczony na stronie internetowej. Ponieważ oferta skarżącego nie zawierała wskazanej kolumny nie odpowiadała wymogom SIWZ. Pismem z dnia 5.01.2009r. (data wpływu do Sądu) PTK Centertel Spółka z o. o. w Warszawie

jako przystępujący po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie skargi.

Przystępujący podkreślił, iż na mocy art. 198 ust. 4 Prawa zamówień... Sąd nie może orzekać o zarzutach, które nie były przedmiotem protestu w niniejszym przypadku o naruszeniu przepisów Kodeksu Cywilnego oraz art. 179 i 184 Prawa zamówień...

W ocenie przystępującego oświadczenie skarżącego zawierające zgodę na dokonaną przez zamawiającego poprawę omyłki rachunkowej było jednoznaczne i wiążące, co oznacza, iż powołanie się wykonawcy na art. 89 kc. było bezprzedmiotowe. Natomiast składanie takich oświadczeń pod warunkiem na gruncie przepisów Prawa zamówień ... jest niedopuszczalne, bowiem musi ono zostać złożone w ustawowo określonym terminie (art. 89 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień...), a zastrzeżenie warunku skutkuje powstaniem stanu niepewności.

Dopuszczony art. 14 Prawa zamówień... zakres zastosowania przepisów Kodeksu cywilnego dotyczy jedynie kwestii nie uregulowanych Ustawą Prawo zamówień publicznych. Zatem, skoro kwestia poprawiania omyłek rachunkowych jest w Prawie zamówień ... uregulowana nie mają do niej zastosowania przepisy Kodeksu cywilnego. Prawo zamówień ... nie dopuszcza możliwości wyrażenia zgody pod warunkiem, dlatego taki warunek zastrzeżony przez skarżącego na mocy art. 94 kc. należy uznać za niezastrzeżony.

Zdaniem przystępującego, oświadczenie o wyrażeniu zgody lub braku takiej zgody na poprawienie omyłki rachunkowej jest jednostronną czynnością prawokształtującą. Czynności takie nie dopuszczają warunków ze względu na ochronę ich adresatów, którzy winni mieć od razu pewność, co do swojej sytuacji prawnej. Wyrażenie zgody na poprawę omyłki rachunkowej dokonanej przez zamawiającego powoduje, iż poprawa ta staje się skuteczna, a wniesienie protestu przez wykonawcę na tą czynność zamawiającego zmierza jedynie do uchylecia się od skutków złożonego oświadczenia woli o wyrażeniu zgody na poprawę błędów. Brak interesu prawnego skarżącego przejawia się tym, że nie skorzystał on z prawa uchylecia się od skutków zgody na poprawę omyłki rachunkowej złożonej pod wpływem błędu, a składając protest usiłuje zniweczyć skuteczność tego oświadczenia woli. Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy zważył:

Skarga wykonawcy Polkomtel S.A. w Warszawie nie mogła odnieść zamierzonego skutku, dlatego na mocy przepisu art. 198 ust. 2 Prawa zamówień... podlegała oddaleniu jako bezzasadna.

Wbrew zarzutom skargi Krajowa Izba Odwoławcza przeprowadziła prawidłowe

postępowanie, a wydany wyrok odpowiada prawu.

Oczywistym jest, iż na mocy przepisu art. 14 Prawa zamówień... przepisy Kodeksu cywilnego mogą mieć zastosowanie w sprawach zamówień publicznych, jednakże wyłącznie w kwestiach, które nie zostały uregulowane przez przepisy Prawa zamówień ... stanowiących *lex specialis* w stosunku do przepisów wskazanego Kodeksu cywilnego.

Podkreślenia wymaga również to, iż postępowanie w kwestiach zamówień publicznych jest specyficznym postępowaniem w toku, którego istotne znaczenie ma szybkość działania oraz pewność i jednoznaczność sytuacji zarówno zamawiającego jak i wykonawców.

Odnosząc się do niniejszej sprawy podkreślić należy, iż pismo skarżącego z dnia 8.10.2008r. prawidłowo Krajowa Izba Odwoławcza uznała za bezwarunkowe wyrażenie zgody na dokonaną przez zamawiającego poprawę omyłki rachunkowej. W pierwszym akapicie tego pisma wykonawca jednoznacznie oświadcza, iż wyraża zgodę na poprawienie przez zamawiającego omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny w ten sposób, że kwota 458.776.06zł została zastąpiona kwotą 434.458.46zł.

Natomiast w drugim akapicie tego pisma skarżący informuje, iż czynność poprawiania omyłki stanowi przedmiot protestu oraz akapit ten zawiera uzasadnienie uprzednio wyrażonej zgody.

Zatem nie można w ogóle uznać, aby oświadczenie wykonawcy zostało złożone pod warunkiem, jakkolwiek.

W dacie skierowania przez zamawiającego pisma z dnia 2.10.2008r. do wykonawców z zapytaniem o wyrażenie przez nich zgody na dokonaną przez zamawiającego poprawę omyłki rachunkowej w ich ofertach obowiązywały przepisy Prawa zamówień publicznych sprzed ich zmiany dokonanej ustawą z dnia 4.09.2008r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z dnia 3.09.2008r.), w której przepis art. 89 ust.1 pkt.7 przewidywał dla wykonawcy 7 dniowy termin na zawiadomienie zamawiającego o wyrażeniu zgody lub jej braku. Termin ten był liczony od dnia otrzymania doręczenia zawiadomienia o poprawieniu omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny.

Podobnie na mocy przepisu art. 180 ust.2 Prawa zamówień... protest wnosi się w terminie 7 dni od dnia, w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Protest uważa się za wniesiony z chwilą, gdy dotarł on do zamawiającego w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią. Jak zatem podkreślał skarżący terminy w obu przypadkach były takie same. Nie stanowi to jednak wystarczającego uzasadnienia dla możliwości korzystania przez wykonawcę z obu instytucji równocześnie. Jak już wcześniej wyjaśniono postępowanie w sprawach zamówień publicznych wymaga dla swojej sprawności wyrażania stanowiska np. w kwestii spornej zgody na dokonanie poprawy omyłki rachunkowej w ściśle określonym terminie oraz w przewidziany przepisami Prawa zamówień... sposób tj. albo wykonawca zgodę tą wyraża albo też nie. Takie jednoznaczne zachowanie wykonawcy wskazuje jego stanowisko w sprawie oraz umożliwia zajęcie stanowiska zamawiającemu.

Podkreślenia wymaga również, iż możliwości obrony interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia na zaoferowanych warunkach zarówno w przypadku braku zgody na poprawienie omyłki rachunkowej w wyliczeniu ceny oferty jak i w przypadku wniesienia protestu na czynność zamawiającego poprawy omyłki rachunkowej były podobne. Bowiem na decyzję zamawiającego o odrzuceniu oferty wykonawcy w przypadku braku zgody na poprawienie omyłki, do czego zamawiający był zobligowany na mocy przepisu art. 89 ust.1 pkt.7 Prawa zamówień... wykonawcy temu służył środek ochrony prawnej w postaci protestu na mocy art. 180.1. Zgodnie, ze wskazanym przepisem wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy, można wnieść protest do zamawiającego. W przypadku zaś nie uwzględnienia protestu przez zamawiającego wykonawcy na mocy przepisu art. 184 ust. 1 Prawa zamówień... służyło odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej.

Podobnie na mocy wskazanych przepisów Prawa zamówień... wykonawcy służyło uprawnienie do wniesienia protestu na czynność poprawienia omyłki rachunkowej, a w dalszej kolejności odwołanie.

Zatem za chybioną, należało uznać argumentację skarżącego, iż służyło mu uprawnienie do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki rachunkowej przez zamawiającego oraz, iż broniąc własnego interesu w postaci nie dopuszczenia do odrzucenia jego oferty uprawniony był do oprotestowania czynności zamawiającego w postaci poprawienia omyłki w ofertowej cenie.

Za niezasadny należało, zatem uznać zarzut naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą przepisu art.89kc. oraz art.65kc. jak również art.179 ust.1 i art.184 ust.1 Prawa zamówień... Niezależnie od powyższych wywodów, w ocenie Sądu Okręgowego zapis SIWZ dotyczący wartości Kak zawarty w pkt. 4 zał. nr 3 do SIWZ o treści „jednorazowy łączny koszt aktywacji związany z uruchomieniem i przeniesieniem numerów z oferty Wykonawcy” jest czytelny i jasno oraz jednoznacznie sformułowany. Nie powinien być, zatem budzić żadnych wątpliwości. Nadto wykonawca nie wykazał, aby skierował w stosunku do zamawiającego jakiegokolwiek zapytania w tym zakresie. Bez znaczenia dla tej kwestii pozostają inne zawarte w SIWZ wielkości i ich wyliczenia.

Podkreślić należy, iż wnoszący skargę w swojej ofercie sam wskazał wartość Kak jako kwotę 12.20zł, natomiast zamawiający dokonując sprawdzenia prawidłowości wyliczenia ceny oferty dokonał podstawienia do wzoru zawartego SIWZ wielkości określonych przez Polkomtel S.A., dlatego za niezasadny należało uznać również zarzut naruszenia przez powyższe działanie zamawiającego przepisu art.88 ust.1 pkt.1 i art.2 pkt.2 Prawa zamówień...

Za prawidłowe i znajdujące uzasadnienie w przepisach Prawa zamówień..., należało uznać stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w odniesieniu do zarzutów wykonawcy obejmujących zarówno kwestię wadliwości wyliczenia poprawy omyłki rachunkowej przez zamawiającego jak i w kwestii przedwczesnego rozstrzygnięcia protestu.

Na mocy przepisu art. 191 ust.3 Prawa zamówień publicznych Izba nie może Orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

W przedmiotowym przypadku odwołujący nie zawarł w proteście zarzutów odnośnie nieprawidłowego wyliczenia poprawy omyłki rachunkowej, dlatego też Krajowa Izba Odwoławcza nie odniosła swoich rozważań do tego konkretnego zarzutu. Natomiast zgodnie z przepisem art.194.1 Prawa zamówień... na orzeczenie Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do Sądu, powyższe oznacza, iż zakres kognicji Sądu Okręgowego w rozpoznawaniu zarzutów skargi ograniczony jest do przedmiotu objętego orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej.

Sąd Okręgowy podziela stanowisko KIO, iż rozstrzygnięcie protestu wniesionego przez skarżącego przed upływem **terminu** na zgłoszenie przez innych wykonawców przystąpienia do protestu skarżącego nie czyni nieważnym czynności zamawiającego w kwestii rozstrzygnięcia protestu. Nadto skarżący nie wykazał interesu prawnego, który mógłby zostać naruszony rozstrzygnięciem jego protestu przed upływem terminu na ewentualne przystąpienie do niego innych wykonawców, do czego był zobligowany na mocy art. 179.1 Prawa zamówień... zgodnie, z którym środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Reasumując, ponieważ przedmiotowa skarga nie mogła zostać uwzględniona podlegała oddaleniu jako nie uzasadniona.

O kosztach postępowania wywołanego skargą wykonawcy orzeczono zgodnie z przepisem art.98kpc.

Na oryginale wic, Sciwe podpisy
ZGODNOŚĆ Z ORYGINAŁEM
stwierazmm\A,'v