

ODPIS

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 stycznia 2011 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny-Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Marzanna Góral

Sędziowie: SO Zbigniew Podedworny (spr.)

SR del. Paweł Duda

Protokolant: sekr. sąd. Anna Misiejuk

po rozpoznaniu w dniu 21 stycznia 2011 r. w Warszawie

na rozprawie

ze skargi Skarbu Państwa - Ministra Spraw Zagranicznych

przeciwko Konsorcjum Firm Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o. w Warszawie Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A. w Santander o zamówienie publiczne

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 9 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 93/10

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że oddala odwołanie;
2. zasądza od Konsorcjum Firm Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o. w Warszawie Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A. w Santander na rzecz Skarbu Państwa - Ministra Spraw Zagranicznych kwotę 1.200 (jeden tysiąc dwieście) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem skargi.

**Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność sekretarz sądowy**

Es

ODPIS

Uzasadnienie:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „remont pomieszczeń biurowych i ciągów korytarzowych w obiektach Ministerstwa Spraw Zagranicznych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zmieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 października 2009r.

W dniu 30 grudnia 2009r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez PPHU w Branży Budowlanej „TOMWID” oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego się, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1, oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r., Nr 223, późn. 1655 ze zm.), zwanej dalej pzp i wnosząc o: unieważnienie kwestionowanych czynności, poprawienie omyłek w treści oferty Odwołującego się oraz dokonanie ponownej oceny ofert.

Odwołujący się podniósł, iż brak podstaw do odrzucenia jego oferty, bowiem wszystkie popełnione przez niego błędy podlegają poprawieniu.

I tak, w odniesieniu do poz. 10 kosztorysu ofertowego wskazał, że słowem kluczowym w przypadku przedmiotowej nieścisłości, jak również w innych tego typu omyłkach pisarskich, jest słowo „analogia”, które oznacza, że należy dopasować wszelkie normatywy w pozycji wg własnego doświadczenia. Błędnie wpisana podstawa wyceny ma tu znaczenie znikome. Traktować to należy jako drobną pomyłkę popełnioną przy wpisywaniu pozycji do programu kosztorysowego. Co bardzo ważne, opis pozycji jest zgodny z wymaganiem Zamawiającego, a ponadto wartość pieniężna tej pozycji wynosi 124,25 zł, co nie wpływa na ocenę oferty.

W odniesieniu do poz. 11 kosztorysu ofertowego Odwołujący się wyjaśnił, że pominięcie litery „W” traktować należy jako oczywistą drobną pomyłkę przy wpisywaniu pozycji do programu kosztorysowego. Zamawiający nie zamieścił na stronie internetowej pliku w wersji elektronicznej, koniecznym więc było przepisanie wszystkich pozycji do programu kosztorysowego, co miało wpływ na wystąpienie w ofercie Odwołującego się tej drobnej omyłki pisarskiej, która nie może mieć wpływu na treść oferty. Odwołujący

się wskazał, że opis pozycji jest taki sam, jak opis wymagany przez Zamawiającego, a wartość pieniężna wskazanej pozycji to 158.40 zł, co nie wpływa na ocenę oferty.

Jeśli idzie o poz. 3 kosztorysu ofertowego Odwołujący się zauważył, że Zamawiający nie zobligował oferentów w jakimkolwiek miejscu (ani w SIWZ, ani w odpowiedzi z 4 listopada 2009r.) do zmiany opisu wskazanej pozycji przedmiaru robót. Nie może więc być mowy o jakiegokolwiek niezgodności oferty z treścią SIWZ. Pozycja 3 kosztorysu ofertowego spełnia wymagania Zamawiającego, a podany w niej koszt robót uwzględniał wszelkie wymogi i uwagi przekazane przez Zamawiającego, tym bardziej, że jak wynika z odpowiedzi Zamawiającego, szczegóły dotyczące zakresu prac związanych z naprawą powierzchni posadzki będzie można określić w trakcie lub po zakończeniu zrywania posadzki. Zdaniem Odwołującego się, nawet jeśliby uznać, że rzeczywiście Odwołujący się uchybił obowiązkowi uwzględnienia wyjaśnień, to ze względu na znikomy zakres uchybienia, Zamawiający winien jest zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do poz. 43 kosztorysu ofertowego Odwołujący się wyjaśnił, że podobnie jak w przypadku poz. 11, w trakcie przepisywania wszystkich pozycji do programu kosztorysowego omyłkowo wskazał opis zawarty w pozycji 29 również w pozycji 43. Jednakże Wykonawca dokonał właściwego obmiaru wykonywanych prac (300 m), a podaną przez niego cenę za wykonanie usługi należy uznać za właściwą dla zdejmowania i zawieszania zasłon i firan na jedno okno po praniu.

Odwołujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym zakres możliwych do poprawienia omyłek powinien być interpretowany możliwie najszerzej, a wystąpienie omyłki nie może pozostawiać wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy. Ponadto wskazał, że utrwalony jest również pogląd, zgodnie z którym przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie uzależnia możliwości poprawiania omyłek w ofercie od rodzaju zamówienia. Zgodnie ze wskazanym przepisem omyłki podlegające poprawieniu to takie, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty, a ponadto takie, które są możliwe do poprawienia przez zamawiającego bez konieczności uzyskiwania dodatkowych wyjaśnień od wykonawcy.

Odwołujący się zwrócił również uwagę na cel wprowadzenia przez ustawodawcę art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ustawodawca, przyjmując tę regulację, miał przede wszystkim na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą się pojawić w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Według Odwołującego się jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści.

Dodatkowo, Odwołujący się podkreślił, że Zamawiający powinien prowadzić postępowanie w celu osiągnięcia określonych efektów w postaci uzyskania najkorzystniejszej oferty od wykonawcy spełniającego warunki udziału w postępowaniu i którego oferta jest zgodna z jego oczekiwaniami i wymogami prawa. Nie jest dopuszczalna sytuacja, w której Zamawiający na skutek podejmowanych w toku postępowania, błędnych i naruszających przepisy prawa decyzji, doprowadza do wyeliminowania najlepszego Wykonawcy i na skutek tego wybiera ofertę o niemalże 20 000 zł droższą.

Odwołujący się zwrócił również uwagę, że Zamawiający na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2005r. Nr 249, poz. 2104 ze zm.), zwanej dalej Ustawą o finansach, należy do sektora finansów publicznych. Oznacza to, że zamówienie finansowane jest ze środków publicznych, a zgodnie z art. 36 ust. 3 pkt 1 Ustawy o finansach, wydatki publiczne powinny być prowadzone w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Nie ulega wątpliwości, według Odwołującego się, że są to podstawowe zasady gospodarowania środkami publicznymi, realizacji których służyć ma instrument w postaci regulacji dotyczących zamówień publicznych. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego się, zachowanie Zamawiającego stoi także w sprzeczności z podstawowymi zasadami ustanowionymi w Ustawie o finansach.

Pismem z dnia 8 stycznia 2010 r. Zamawiający protest oddalił.

Zamawiający stanął na stanowisku, iż zarzuty podniesione w proteście nie zasługują na uwzględnienie, gdyż: w pozycji 10 kosztorysu ofertowego Odwołujący się przyjął KNR niezgodny z przedmiarem robót; w pozycji 11 kosztorysu ofertowego Odwołujący się przyjął błędny KNR, dotyczący zabezpieczenia podłóg trocinami, zamiast folią jak tego wymagał Zamawiający. Również nakłady materiałów i robocizny przyjęto niezgodnie z KNR z przedmiaru robót, czego, zdaniem Zamawiającego, na pewno nie można uznać za oczywistą omyłkę pisarską w związku z czym powyższy błąd kwalifikuje ofertę wykonawcy do odrzucenia; w pozycji 3 nie uwzględniono wyjaśnień Zamawiającego z 4 listopada 2009r., gdzie należało przyjąć 25% powierzchni posadzki do naprawienia. Zamawiający podnosi, iż wszelkie wyjaśnienia przekazane wykonawcom przez Zamawiającego, są wiążące i wykonawca ma obowiązek się do nich zastosować; w pozycji 43 kosztorysu nie wyceniono zdejmowania i zawieszania firan na jedno okno po praniu. Powoływanie się w tym przypadku na fakt, iż wykonawca wpisał do kosztorysu ofertowego błędne dane, gdyż Zamawiający nie

zamieścił na stronie internetowej plików w programie NORMA (gdyż nie miał takiego obowiązku), a jedynie w PDF, są zdaniem Zamawiającego, bezzasadne. Zamawiający podnosi, iż nawet jeżeli „podciągnąłby” powyższe jako oczywistą omyłkę pisarską, to zauważyć należy, iż omyłki pisarskie, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie poprawia się, jeżeli oferta wykonawcy i tak podlega odrzuceniu, co ma miejsce w niniejszym przypadku.

W dniu 13 stycznia 2010 r. Odwołujący się wyniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście, a dodatkowo podniósł zarzut naruszenia art. 183 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący się poniósł, iż Zamawiający ograniczył się jedynie do opisu uchybienia Odwołującego się w zakresie przygotowania kosztorysu ofertowego oraz lakonicznego wskazania, iż uchybienie w powyższym zakresie nie może zostać zakwalifikowane jako oczywista omyłka pisarska.

Wyrokiem z 9 marca 2010r., wydanym w sprawie KIO/UZP 93/10 Krajowa Izba Odwoławcza:

1. Uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego się oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. Kosztami postępowania obciążyła Zarząd Obsługi Ministerstwa Spraw Zagranicznych i nakazała:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł, z kwoty wpisu uiszczonego przez Konsorcjum: Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o., Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A.;

dokonać wpłaty kwoty 4444 zł przez Zarząd Obsługi Ministerstwa Spraw Zagranicznych na rzecz Konsorcjum: Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o., Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A. w Warszawie, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;

dokonać zwrotu kwoty 5556 zł z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Konsorcjum: Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o., Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A. w Warszawie.

Orzekając jak wyżej Krajowa Izba Odwoławcza miała za podstawę następujące ustalenia faktyczne:

W pozycji 10 kosztorysu ofertowego Odwołujący się przyjął KNNR (KNNR 2 1205-07 analogia) inny niż ten, wynikający z przedmiaru robót (KNNR 2 1205-07 analogia);

W pozycji 11 kosztorysu ofertowego Odwołujący się przyjął KNR 4-01 1216-01, zamiast KNR W 4-01 1216-01, który wnika z przedmiaru robót;

W pozycji 3 kosztorysu ofertowego znajduje się następujący opis: „zerwanie posadzek z tworzyw sztucznych, obmiar 980 m²; opis ten odpowiada opisowi z przedmiaru robót;

W pozycji 43 kosztorysu ofertowego znajduje się następujący opis: „wnoszenie i wynoszenie mebli i wyposażenia z pokoi biurowych wyjmowanie z szaf i biurek i pakowanie w kartony, obmiar 300 m², koszt jednostkowy 3,60, kalkulacja własna”; zaś w przedmiarze robót opis ten jest następujący: „zdejmowanie i zawieszanie zasłon i firan na jedno okno po praniu, obmiar 300 m², koszt jednostkowy 70,01, kalkulacja własna”.

Pismem z dnia 4 listopada 2009r, Zamawiający, w trybie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, dokonał wyjaśnienia SIWZ. I tak na pytanie nr 2 ppkt a, które brzmi: „w przedmiarze robót jest zerwanie posadzek z tworzyw sztucznych i ponowny montaż nowych wykładzin. Czy posadzka po zerwaniu wykładziny dywanowej nie wymagać będzie żadnych napraw?”, Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Posadzka po zerwaniu wykładziny dywanowej wymagać będzie napraw. Należy przyjąć 25% powierzchni posadzki do naprawienia. Szczegóły będzie można określić w trakcie zrywania posadzki lub po jej zakończeniu.”. Zamawiający w przedmiotowym piśmie zastrzegł również, iż „przedstawione

informacje są wiążące.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Istota sporu między stronami sprowadza się do określenia charakteru wskazanych omyłek. Sposób zakwalifikowania omyłki, determinuje bowiem dalsze działania Zamawiającego. Zaliczenie omyłki do kategorii, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, powoduje powstanie po stronie Zamawiającego obowiązku jej poprawienia. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że w badanym stanie faktycznym wskazanych omyłek nie można zaliczyć do grupy oczywistych omyłek pisarskich. Izba stoi bowiem na stanowisku, że w zakresie tej kategorii pojęciowej mieszczą się jedynie tego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek

dodatkowej analizy. Co oznacza, że ich poprawienie nie wywołuje zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy (w sensie merytorycznym). W niniejszym stanie faktycznym, błąd w oznaczeniu KNNR w poz. 10 i KNR w poz. 11 kosztorysu ofertowego (str. 12 i 13 oferty) nie jest zauważalny przez każdego, nie musi być nawet dostrzeżony przez profesjonalistę bez analizy przedmiaru robót. Stąd też uznać należy, że bezprzedmiotowy jest zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Do rozstrzygnięcia pozostaje zatem kwestia, czy poprawienie wskazanych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Tylko bowiem w sytuacji, gdy poprawienie omyłek nie wywoła skutku w postaci istotnej zmiany w treści oferty, ustawodawca dopuszcza ingerencję w treść oferty, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w celu wyeliminowania niezgodności z SIWZ.

Skoro oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, zawierające propozycję zawarcia umowy, to dopuszczalna jest na gruncie powołanego przepisu, zmiana treści przedmiotowego oświadczenia wykonawcy, a w konsekwencji istotnych postanowień proponowanej umowy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że oferta określa przedmiotowo istotne elementy umowy (essentialia negotii). Ustawodawca dopuszczając jednak możliwość zmian w treści oferty, wywołanych na skutek poprawienia innych omyłek niż pisarskie, czy rachunkowe, zakreślił jednocześnie ich granicę. Dokonane zabiegi nie mogły bowiem prowadzić do istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja wskazuje, że ustawodawca posługując się pojęciem nieostrym (istotne zmiany) zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, dając wyraz temu, iż ważne są okoliczności sprawy. Tylko bowiem przy ich uwzględnieniu, można ocenić, czy poprawienie omyłki doprowadzi do istotnej zmiany w treści oferty.

Jak już zostało wyżej wskazane, treść oferty obejmuje istotne postanowienia umowy, a więc postanowienia, które odnoszą się m.in. do przedmiotu i ceny. W okolicznościach niniejszej sprawy Izba uznaje za dopuszczalne poniższe zmiany w zakresie przedmiotu zamówienia, z powodów o których była mowa wyżej. Zwrócić należy uwagę, iż poprawienie omyłek spowoduje, że dojdzie do usunięcia niezgodności pomiędzy treścią opisu pozycji kosztorysowej a podstawą tego opisu wynikającą z KNNR bądź KNR, jeśli chodzi o poz. 10 i 11 kosztorysu ofertowego. W konsekwencji doprowadzi to również do zgodności normatywów robocizny i materiałów (poz. 11 kosztorysu ofertowego). W odniesieniu do poz.

3 kosztorysu ofertowego również zostanie zmieniony jej opis, która to zmiana nie wpłynie na cenę oferty. Wedle bowiem wyjaśnień Odwołującego się, przedmiot tych prac został uwzględniony w kalkulacji ceny, nie został natomiast skorygowany opis tej pozycji, zgodnie

z wyjaśnieniami Zamawiającego. Jeśli idzie zaś o ostatnią omyłkę, to nie ulega wątpliwości, iż w poz. 43 znalazł się opis przypisany do poz. 29. Jednakże na podstawie wyceny tej pozycji brak podstaw do stwierdzenia, że wycenie podlegała ta właśnie błędnie opisana usługa (nie występuje tożsamość cen). Zatem przyjąć należy, iż przy uwzględnieniu okoliczności, że podstawą wyceny przedmiotowej usługi jest kalkulacja własna, błędnie opisano przedmiotową pozycję.

W tych okolicznościach, Krajowa Izba Odwoławcza stanęła na stanowisku, że przedmiotowe zmiany nie stanowią istotnej zmiany treści oferty, nie ulega bowiem wątpliwości, że nie są znaczące. Zmiana przedmiotu świadczenia w odniesieniu do czterech pozycji kosztorysu ofertowego spośród około 200, nie powoduje, iż w sposób istotny, a więc zasadniczy, zmienia się treść oferty. Istotny jest również fakt, że zmiany dotyczą robót, które nie mają charakteru wiodącego w realizacji przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu ich charakteru i zakresu (cena).

W opinii Izby, o istotnej zmianie treści oferty można byłoby mówić w okolicznościach, gdy poprawienie omyłki w istocie powodowałoby tak wiele zmian w odniesieniu do podstawowych kwestii przedmiotu zamówienia, że moglibyśmy mówić o nowej ofercie, a nie o pewnej korekcie pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy, które było wynikiem popełnionych błędów.

Niezależnie od powyższych rozważań, warto również zwrócić uwagę, że gdyby przyjąć koncepcję, iż o istotności zmian decyduje ich zakres w odniesieniu do ceny (jako elementu istotnego treści oferty), to okoliczność powyższa pozostanie bez wpływu na prezentowany przez Izbę pogląd. W niniejszym stanie faktycznym cena robót została skalkulowana na poziomie 249 759,56 zł netto, zaś wartość pozycji, które miałyby być skorygowane nie przekracza 2000 zł netto. Argument ten jest o tyle istotny, iż co prawda w badanej sprawie nie dojdzie do poprawienia ceny, to jednak powyższe pokazuje wielkość obszaru, w obrębie którego nastąpi ingerencja w treść oferty (poniżej 1%).

W związku z powyższym zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie. Błędne stwierdzenie niemożliwości poprawienia omyłek stało się przyczyną odrzucenia oferty, która to czynność w konsekwencji również obarczona jest błędem, a to z kolei przesądza o trafności zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W tych okolicznościach, zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie. Odrzucenie bowiem prawidłowej oferty stanowi przejaw złamania zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zaś, zarzut naruszenia przepisu art. 183 ust. 4 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia, bowiem w ocenie Izby, Zamawiający zadośćuczynił obowiązкови wynikającemu z tego przepisu poprzez wypełnienie dyspozycji zawartej we wskazanej normie.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1, 1 a oraz ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania Izba orzekła stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej skargę wniósł Zamawiający.

Zaskarżył w całości orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej.

Rozstrzygnięciu zarzucił naruszenie:

- art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną jego wykładnię i przyjęcie, iż zamawiający zobowiązany był do poprawienia omyłek jakie znalazły się w ofercie wykonawcy;
- przepisów ustawy prawo zamówień publicznych polegające na nie rozpoznaniu w orzeczeniu zarzutów podniesionych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, w tym zarzutu co do nie dopełnienia przez wykonawcę warunku określonego w art. 184 ust. 2

ustawy Pzp oraz nie rozpoznanie zarzutu zamawiającego, co do umocowania osoby podpisującej odwołanie, a co za tym idzie, nie zbadania umocowania pełnomocnika reprezentującego wykonawcę w toku postępowania odwoławczego;

- brak rozpoznania i wskazania powodów nie przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka;
- bezpodstawne sprostowanie strony w orzeczeniu.

Wniósł o uwzględnienie skargi i uchylenie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej poprzez odrzucenie odwołania lub o jego oddalenie.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga zasługuje na częściowe uwzględnienie, a podniesione w niej zarzuty skutkować muszą zmianą zaskarżonego wyroku i oddaleniem odwołania.

W szczególności zasadny jest zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną jego wykładnię i przyjęcie, iż zamawiający zobowiązany był do poprawienia omyłek jakie znalazły się w ofercie wykonawcy.

Wskazany przepis ustawy z 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) (zwanej dalej Pzp) zobowiązuje Zamawiającego do poprawienia w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zatem o możliwości poprawienia przez Zamawiającego innych omyłek pisarskich powodujących niezgodność oferty z SIWZ decyduje skala omyłek, liczona rezultatem oferty po ich ewentualnym poprawieniu, w tym znaczeniu, czy po ich naniesieniu treść oferty zostanie istotnie zmieniona czy też nie.

W przedmiotowy przypadku zgodzić się należy ze skarżącym, iż dokonanie, jak tego chce KIO, w pozycjach 3, 10, 11 i 43 kosztorysu poprawek w ofercie, nie było by możliwe samodzielnie przez Zamawiającego. Czyli zmuszałoby Zamawiającego do żądania od wykonawcy wskazania sposobu poprawienia oferty oraz wskazania jakie pozycje w kosztorysie i w jaki sposób należało by zmienić oraz podanie jakie wartości na miejsce poprawionych należało by wpisać.

Taka zmiana za zmianę nie powodującą istotnych zmian w treści oferty uznana być nie może. Z treści bowiem art. 87 ust. 2 pkt 3 zd. 2 wynika, iż zmiana oferty przez zamawiającego jest dokonywana samodzielnie przez niego bez ingerencji ze strony wykonawcy, a dopiero po dokonaniu poprawek zawiadamia od wykonawcę o ich dokonaniu.

W sprawie niniejszej poprawienie błędnych pozycji w kosztorysie oferty zmuszałoby Zamawiającego do prowadzenia swoistych negocjacji przez dokonaniem poprawek, w celu ustalenia jakie pozycje zamiast błędnie wstawionych należało by wpisać, co dobiera niniejszym pomyłkom przyniot oczywistości i uniemożliwiając samodzielne wprowadzenie poprawek przez zamawiającego sprzeciwia się treści art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zatem nie mogło zostać dokonane.

Prowadzenie negocjacji w celu ustalenia treści poprawek ponadto zaburzyło by zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, która to zasada jest naczelną w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dlatego z oczywistych względów jest taka praktyka jest niedopuszczalna.

W związku z powyższym nie można zgodzić się ze stanowiskiem KIO prezentowanym w zaskarżonym orzeczeniu, iż wszystkie ujawnione błędy w ofercie Odwołującego się nadawały się do samodzielnego poprawienia ich przez Zamawiającego,

a ich dokonanie nie wpłynęło by na istotną zmianę treści oferty.

Zatem zasadnie skarżący wskazuje na zarzut naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą treści art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a jego uwzględnienie przez Sąd skutkować musi zmianą zaskarżonego orzeczenia i w konsekwencji oddaleniem odwołania. Bowiem skoro Zamawiający nie mógł samodzielnie dokonać poprawek w ofercie Wykonawcy, to taka oferta obciążona błędami, jako nie odpowiadająca SIWZ, musiała zostać przez Zamawiającego odrzucona.

Natomiast, co do zarzutów formalnych, naruszenia przez KIO przepisów postępowania w sprawach z odwołania od czynności zamawiającego, zgłoszonych przez zamawiającego, nie zasługują one na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 184 ust. 2 Pzp w brzmieniu sprzed 29 stycznia 2010 r. stwierdzić należy, co następuje:

Kopia odwołania, wysłana za pomocą faxu, wpłynęła do Zamawiającego ostatniego dnia terminu do wniesienia odwołania, lecz już po godzinach pracy Zamawiającego, w związku z czym faktycznie zapoznał się on z nią już po upływie terminu do wniesienia odwołania.

Z powyższego przepisu wynika, iż odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Zarzut niniejszy jest niezasadny. Z art. 184 ust. 2 pzp wynikał bowiem termin do wniesienia odwołania. Jeśli odwołanie wpłynęło do KIO w terminie, to nie można przyjąć, iż doręczone tego samego dnia Zamawiającemu kopia odwołania nie została wniesiona w terminie, gdyż w czasie kiedy fax wpłynął, pracownicy zamawiającego już nie pracowali. Taka interpretacja prowadzi bowiem do skrócenia poprzez faktyczne godziny pracy Zamawiającego terminu do wniesienia środka zaskarżenia, co jest niedopuszczalne, gdyż o tym stanowić może tylko ustawa. Cyt. przepis wskazuje na obowiązek jednoczesnego ze

złożeniem odwołania przekazania jego kopii wszystkim uczestnikom postępowania. Te dwie czynności muszą być do siebie maksymalnie czasowo zbliżone. Interpretacja zamawiającego oznacza praktycznie, że uczestnik postępowania miałby nie 5- dniowy termin do złożenia odwołania, lecz termin 4 i 2/3 dniowy. Termin taki nie jest znany ustawie. Ryzyko, iż w czasie, kiedy kopia odwołania wpłynie do zamawiającego nie będzie nikogo w jego siedzibie, obciążać może wyłącznie zamawiającego, a nie odwołującego. To bowiem zamawiający decyduje o własnej organizacji pracy.

Także zarzut wadliwego umocowania osoby wnoszącej odwołanie do KIO nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołanie wniósł bowiem aplikant adwokacki - Marcin Kwaśny, posiadający stosowne pełnomocnictwo od Odwołującego. Przepisy postępowania w sprawach o zamówienia publiczne nie zawierają bowiem katalogu osób, które mogą być pełnomocnikami w postępowaniu przed KIO. Przepisy niniejsze odsyłają bowiem na mocy art. 185 ust. 7 Pzp w zakresie nie uregulowanym w ustawie do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym), a te nie zawierają kręgu osób mogących być pełnomocnikami. Dopiero w postępowaniu zainicjowanych skargą na orzeczenie KIO Sąd Okręgowy rozpoznając sprawę stosuje przepisy o postępowaniu odwoławczym, gdzie już tylko określony krąg osób może reprezentować skarżącego. Zatem w związku z tym pełnomocnik odwołującego był umocowany do wniesienia odwołania do KIO.

Także zarzut sprostowania oznaczenia strony nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż nie jest to postępowanie oparte na przepisach postępowania cywilnego rygorystycznie traktujących możliwość sprostowania orzeczenia sądu, zwłaszcza, iż sprostowanie orzeczenia nastąpiło na wniosek skarżącego.

Powyższa ocena nie ma jednak znaczenia dla treści orzeczenia Sądu Okręgowego.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. w zw. z

art. 198a ust. 2 ustawy z 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych
(t.j.: Dz. U. z 201 Or. Nr 113, poz. 759 ze zm.) orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 98 ust. 1 k.p.c.

Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność sekretarz sądowy