

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 maja 2008 roku

Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący : SO Grażyna Tarkowska

Sędziowie : SO Bożena Kachnowicz-Kokot; SO Marek Grodziński (spr.)

Protokolant: apl. sąd. Michał Marcysiak

po rozpoznaniu w dniu 14 maja 2008 roku w Gdańsku na rozprawie

sprawy ze skargi „Pol-Dróg Pila” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Pile
z udziałem:

I. Skanska Spółka Akcyjna w Warszawie (przeciwnik skargi)

2. Budimex Dromex Spółka Akcyjna w Warszawie (uczestnik)

3. Firmy Budowlano-Drogowej MTM Spółka Akcyjna w Gdyni (uczestnik)

4. Zarządu Dróg Wojewódzkich w Gdańsku (zamawiający)

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2008r. sygn. akt KIO/UZP
206/08 w przedmiocie zamówienia publicznego

Oddała skargę

Sygn. akt XII Ga 151/08

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 20.03.2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu - Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Gdańsku dokonanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w kosztorysie ofertowym Odwołującego - SKANSKA S.A. w Warszawie w pozycji 569 w kolumnie 3 - wyszczególnienie elementów rozliczeniowych - poprzez skreślenie przy sworzniach montażowych średnicy 19 mm i wpisanie 21 mm, zaś kosztami postępowania obciążyła Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że postępowanie o udzielenie zamówienia w

trybie przetargu nieograniczonego na budowę Obwodnicy Pelplina (droga wojewódzka Nr 229) zostało ogłoszone w Dzienniku Unii Europejskiej TED2007/S182-222305 z 21.09.2007 r. Pismem z dnia 15.02.2008 r. ZDW-6g-332/43/2008 Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, (zwany dalej Zamawiającym) zawiadomił wykonawców, że na podstawie ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. 2007r. Nr 223, poz. 1655) poprawił:

1. zgodnie z art. 88 pkt 1 lit a ustawy oczywiłą omyłkę rachunkową w kosztorysie ofertowym Przedsiębiorstwa Budowy Dróg S.A. ul. Pomorska 26 A, 83-200 Starogard Gdański zwanej dalej „PBD S.A. Starogard Gdański”, która spowodowała zmianę wynagrodzenia z kwoty 70 873 051, 65 zł. na kwotę 70 203 256,22 zł, oraz
2. zgodnie z art. 87 ust.2 ustawy poprawił w ofercie SKANSKA S.A., ul. Gen. Józefa Zajączka, 01-518 Warszawa, zwanej dalej „SKANSKA S.A. Warszawa” oczywiłą omyłkę pisarską w kosztorysie ofertowym w pozycji 569 w kolumnie 3 - Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych, gdzie było:
 - a) sworznie montażowe śred.: 19 z łbem 32 mm, długości 220 mm o masie 0,662 kg
 - na b) sworznie montażowe śred.: 21 z łbem 32 mm, długości 220 mm o masie 0,662 kg-

Pismem z dnia 20.02.2008 r. BUDIMEX — DROMEX S.A. Ul. Stawki 40, 01-140 Warszawa złożył protest na: 1. czynność zmiany treści oferty złożonej przez SKANSKA S.A. i wniósł o odrzucenia oferty S.KAŃSKA S.A. Warszawa. BUDIMEX -DROMEX S.A. Warszawa zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy: art. 7 ust.1, art.87 ust.1 i 2, art. 89 ust.1 pkt 2 i zażądał: 1. uwzględnienia protestu, 2. unieważnienia zmiany treści oferty SKANSKA SA. Warszawa, 3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty SKANSKA S.A.

Pismem z dnia 25.02.2008 r. ZDW-6g-332/60/2008 Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania protestacyjnego.

Pismem z dnia 28.02.2008 r. GM/125/2007 SKANSKA S.A. Warszawa zgłosiła przystąpienie do postępowania protestacyjnego żądając oddalenia protestu stwierdzając, że ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia. W uzasadnieniu między innymi stwierdziła, że opis poprawionej pozycji przedmiaru nie odnosił się tylko do średnicy, ale zostały podane także inne parametry jak : łeb, długość, masa. Cena jednostkowa oraz wartość wynikająca z pozycji 569 kosztorysu jest inna niż cena jednostkowa i wartość wynikająca z pozycji 571 kosztorysu, gdzie też został wyszczególniony sworznie. Poprawienia pomyłki przez Zamawiającego nie może budzić wątpliwości, zwłaszcza, że została poprawiona wyłącznie średnica a, w pozostałym zakresie opis tej pozycji zgadza się z przedmiarem. Pisarski charakter omyłki dotyczy błędnego wyrażenia na piśmie liczby — średnicy sworznia. Przez poprawienie omyłki nie doszło do zmiany ceny oraz rozmiaru świadczenia. Oczywiście omyłki nie budzi wątpliwości, błąd w kosztorysie wskazuje na nieprawidłowe przekopiowanie pozycji z przedmiaru do kosztorysu ofertowego, zwłaszcza, że układ wierszy był taki, iż dwie pozycje niżej (pozycja 571) został opisany sworznie o średnicy 19 mm.

Pismem z dnia 29.02.2008 r. Firma Budowlano - Drogowa MTM S.A. ul. Hutnicza 35, 81 -038 Gdynia zgłosiła przystąpienie do postępowania protestacyjnego żądając uwzględnienia protestu w całości i stwierdzając „, że interes prawny wynika z faktu, że MTM jest zainteresowane wygraną przetargu.

Pismem z dnia 27.02.2008 r. Lider WAKOZ Sp. z o.o. ul. Gen. Sikorskiego 3, 84-242 Luzino, przystąpiła do postępowania protestacyjnego żądając : uwzględnienia protestu, unieważnienia czynności zmiany treści oferty SKANSKA S.A., dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 27.02.2008 r. POL-DRÓG Piła Sp. z o.o. ul. Wawelska 106, 64-920 Piła zgłosiła przystąpienie do toczącego się postępowania protestacyjnego, wnosząc o uwzględnienie protestu w całości, powołując się na interes prawny w ograniczeniu bezprawnej decyzji Zamawiającego możliwości uzyskania zamówienia w przypadku oddalenia protestu przez Zamawiającego.

Pismem z dnia 03.03.2008 r. ZDW-6k-332/72/08 Zamawiający uwzględnił protest w całości, unieważniając czynność dokonania poprawki w kosztorysie ofertowym. W uzasadnieniu decyzji również podał, że ustawa nie zawiera definicji oczywistej omyłki, a po ponownej analizie uznał, że nie jest w stanie przesądzić, czy charakter błędu kwalifikuje się jako oczywista omyłka pisarska.

Pismem z dnia 07.03.2008 r. SKANSKA S.A. Warszawa wniosła do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie odwołanie wnosząc o jego uwzględnienie, nakazanie Zamawiającemu dokonanie czynności polegającej na poprawieniu omyłki pisarskiej w kosztorysie ofertowym i wywodząc jak w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego.

Pismem z dnia 10.03.2008 r. ZDW-6g-332/85/2008 Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania protestacyjnego o wniesieniu odwołania,

Pismem z dnia 18.03.2008 r. MTM S.A. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wskazując, że jest zainteresowana uzyskaniem zamówienia i wyeliminowaniem wszelkich nieprawidłowości i naruszeń prawa w toku postępowania.

Pismem z dnia 18.03.2008 r. BUDIMEX - DROMEX S.A. Warszawa złożył pismo BHOPIKW/022/2008 w sprawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wskazując na interes prawny w przystąpieniu, ponieważ w przypadku uznania pomyłki za oczywistą jego interes doznałby uszczerbku.

Pismem z dnia 19.03.2008 r. POL-DRÓG Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego stwierdzając, że posiada interes prawny, ponieważ ewentualne uwzględnienie bezzasadnych żądań Odwołującego, mogło by pozbawić go zamówienia publicznego.

Na czynność Zamawiającego poprawienia w trybie omyłki pisarskiej błędu w kosztorysie ofertowym SKANSKA S.A. Warszawa opisanego we wstępie niniejszego uzasadnienia protest złożył również POL-DRÓG Sp. z o.o. pismem z dnia 21.02.2008 r. W proteście wskazał na naruszenie art. 87 ust. 2 oraz art. 88 pkt 1 lit. a ustawy.

Zamawiający pismem z dnia 25.02.2008 r. powiadomił uczestników postępowania o wniesionym proteście.

Pismem z dnia 28.02.2008 r. GM/126/2007 SKANSKA S.A. Warszawa przystąpił do postępowania protestacyjnego żądając oddalenia protestu wniesionego w dniu 21.02.2008r. stwierdzając, że ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia.

Pismem z dnia 27.02.2008 r. do postępowania protestacyjnego przystąpił Lider WAKOZ Sp. z o.o. konsorcjum firm wyżej wymienionych, po stronie Zamawiającego w zakresie zarzutu zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum tychże firm, żądając oddalenia w tej części protestu.

Pismem z dnia 26.02.2008 r. MTM S.A. zgłosiła przystąpienie do postępowania protestacyjnego żądając uwzględnienia protestu w całości i stwierdzając „że interes prawny wynika z faktu, że MTM jest zainteresowane wygraną przetargu.

Pismem z dnia 03.03.2008 r. ZDW-6k-332/73/08 Zamawiający rozstrzygnął protest w następujący sposób:

1. uwzględnił protest w zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust.2 ustawy unieważniając czynność dokonania poprawki w kosztorysie ofertowym SKANSKA S.A. Warszawa,
2. oddalił protest w zakresie zarzutu naruszenia art.88 ust.1 pkt 1 lit. a ustawy poprzez

poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej w kosztorysie ofertowym PBD S.A. Starogard Gdański,

3. oddalił protest w zakresie zaniechania odrzucenia oferty WAKOZ Sp. z o. o. w trybie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy.

W uzasadnieniu Zamawiający podtrzymał argumentację zawartą w rozstrzygnięciu protestu BUDIMEX — DROMEX S.A. Warszawa w piśmie z dnia 03.03.2008 r. *ZDW-6k-332172108* co do poprawienia omyłki rachunkowej w kosztorysie ofertowym SKANSKA

S.A. Warszawa. Argumentując zasadność dokonania poprawienia omyłki rachunkowej wskazał, że PBD S.A. Starogard Gdański, nie wyraziło w terminie 7 dniowym zgody na dokonaną przez Zamawiającego poprawkę.

Pismem z dnia 07.03.2008 r. GL1/03/08 SKANSKA S.A. Warszawa wniosła do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie odwołanie wnosząc o jego uwzględnienie, nakazanie Zamawiającemu dokonanie czynności polegającej na poprawieniu omyłki pisarskiej w kosztorysie ofertowym i wywodząc jak w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego.

Pismem z dnia 10.03.2008 *ZDW-6g-33218412008* Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania protestacyjnego o wniesieniu odwołania.

Pismem z dnia 18.03.2008r. MTM S.A. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w zakresie jego rozstrzygnięcia zarzutu naruszenia art. 87 ust.2 ustawy wskazując, że jest zainteresowana uzyskaniem zamówienia i wyeliminowaniem wszelkich nieprawidłowości i naruszeń prawa w toku postępowania.

Pismem z dnia 19.03.2008 r. POL-DRÓG S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego stwierdzając, że posiada interes prawny, ponieważ ewentualne uwzględnienie bezpodstawnych żądań Odwołującego, mogło by pozbawić go zamówienia publicznego.

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3.03.2007 r. Odwołania:

1. od rozstrzygnięcia protestu złożonego przez BUDIMEX — DROMEX S.A. Warszawa pismem z dnia 20.02.2008 r. Sygn. akt KIO/UZP21 1/08

2. od rozstrzygnięcia protestu złożonego przez POL - DRÓG Sp. z o.o. Piła pismem z dnia 21.02.2008 r.- Sygn. akt KIO/UZP206/08,

zostały skierowane do łącznego rozpoznania pod Sygn. akt KIO/UZP206/08.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, że zakres wniosku Odwołującego jest bezsporny i sprowadza się do nakazania Zamawiającemu, aby w kosztorysie ofertowym Odwołującego w pozycji 569 dokonał skreślenia cyfry „19” i w to miejsce wpisał cyfrę „21” odnoszącą się do średnicy sworzni montażowych. W poz. 569 tabeli przedmiaru robót w jej kolumnie o nr 3 zatytułowanej „Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych”, która to pozycja dotyczy konstrukcji stalowej mostu, zawarto cechy sworzni montażowych, które określono za pomocą kilku parametrów (czterech) to jest: średnicy 21 mm, łba 32 mm, długości 220 mm, masie 0,662kg. Z wyjaśnień stron na rozprawie wynika, że parametry sworzni były przedmiotem kilkukrotnych zapytań wykonawców i wyjaśnień Zamawiającego, a ich efektem była kilkakrotna ich zmiana, zaś ostateczna wersja została ustalona 21.12.2007 r.

W ocenie Izby nie bez znaczenia jest okoliczność, że Zamawiający pierwotnie zakwalifikował omyłkowy zapis średnicy sworzni jako oczywistą omyłkę pisarską, kwalifikując ją do dyspozycji art. 87 ust 2 ustawy. Stanowisko Zamawiającego przechodziło następującą ewolucję: to jest od dokonania naprawienia omyłki pisarskiej, do obojętnego stanowiska w rozstrzygnięciu protestu na zasadzie skoro wniesiono protesty na sprostowanie, to należy je uwzględnić, a Zamawiający nie czuje się kompetentny do rozstrzygnięcia tej

kwestii, ponieważ nie ma ustawowej definicji oczywistej omyłki pisarskiej, do skrajnego stanowiska na rozprawie, że nie ma żadnych podstaw do uznania tej omyłki za oczywistą omyłkę pisarską. Natomiast stanowiska Protestujących na poprawienie omyłki oraz w efekcie Przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego są zrozumiałe z uwagi na możliwość skutecznego wyeliminowania na trwale z postępowania konkurenta, który zaoferował niższą cenę.

Skład orzekający Izby nie zakwestionował stanowiska Przystępujących, że bez poprawienia omyłki oferta Odwołującego kwalifikuje się do odrzucenia jako sprzeczna z

SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ponieważ jak wypowiedział się pełnomocnik o wiedzy technicznej Przystępującego narusza podstawowe zasady sztuki budowlanej w zakresie nośności, bezpieczeństwa budowli mostowej. Niemniej uznał, że zasadniczą kwestią jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy zaistniała sytuacja może zostać zakwalifikowana do oczywistej omyłki pisarskiej i Zamawiający ma wówczas obowiązek jej poprawienia, przez co eliminuje się potencjalne odrzucenie oferty jako sprzecznej z SIWZ.

W ocenie Izby ustawodawca słusznie nie zdefiniował oczywistej omyłki pisarskiej, ponieważ nie jest to materia nadająca się do zdefiniowania. Natomiast należy przy rozstrzyganiu o konkretnych przypadkach mieć na względzie przede wszystkim orzecznictwo, które powinno być traktowane pomocniczo. Dokonując analizy istniejącego orzecznictwa skład orzekający Izby wskazał na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 23 kwietnia 2001r. (II SA863/OO) odnoszący się do błędu pisarskiego z art. 113 k.p.a. w myśl, którego „błąd pisarski to widoczne, wbrew zamierzeniu (...) niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylna pisownia albo widoczne niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów”. Z powyższego wynika - w ocenie Izby - że omyłka musi mieć charakter nieumyślny, niezamierzony, wręcz musi zaistnieć wbrew woli popełniającego omyłkę. Musi być ona widoczna i polegać na nieodpowiednim użyciu wyrazów, w tym wypadku nieodpowiednim użyciu liczby „19” zamiast „21”.

Co do niezamierzonego pomylenia się przez Odwołującego skład orzekający Izby nie miał jakichkolwiek wątpliwości, ponieważ Odwołujący nie zaskarżył protestem pierwotnej decyzji Zamawiającego z dnia 15.02.2008 r. o poprawieniu jego omyłki w kosztorysie ofertowym, a po wniesieniu protestów przez konkurentów przystąpił do postępowania protestacyjnego, po czym wniósł odwołanie wnosząc o nakazanie Zamawiającemu poprawienie omyłki pisarskiej. Z powyższego wynika, że celem działań Odwołującego jest doprowadzenie jego oferty do zgodności z SIWZ. Kwestią do rozstrzygnięcia pozostaje, czy można tego dokonać poprzez instytucję sprostowania oczywistej omyłki.

Skład orzekający wskazał, że niewłaściwe użycie wyrazu w tym wypadku można odnieść do niewłaściwego użycia liczby „19” zamiast „21”. W ten sposób zostaje spełniona kolejna przesłanka z powyżej cytowanego orzeczenia NSA.

Pozostaje kwestia oczywistości omyłki, przy której powołuje się często sformułowania oznaczające, iż musi ona być widoczna gołym okiem, nie wymagająca badań czy ustaleń. Kwestię „oczywistości” również należy ocenić w zależności od rodzaju omyłek. W tym wypadku chodzi o to, że Zamawiający sporządził przedmiar robót, a wykonawca miał przedstawić jego lustrzane odbicie z wstawieniem tylko cen. W takim razie nie można stwierdzić niezgodności kosztorysu bez porównania go z przedmiarem. Nie oznacza to jednak, że takie porównanie wykracza poza tzw. widoczne gołym okiem oczywiste omyłki.

W tym stanie rzeczy Izba zakwalifikowała pomyłkę w kosztorysie Odwołującego jako oczywistą omyłkę. Natomiast taka zmiana w kosztorysie, który stanowi odzwierciedlenie przedmiaru robót, nie stanowi zmiany treści oferty w myśl art. 87 ust. 1 ustawy. W związku z tym Izba nie stwierdziła naruszeń przepisów wskazanych w protestach POL-DRÓG Piła Sp. z o.o. i Budimex Dromex S.A. Warszawa.

Od powyższego wyroku skargę wywiódł „POL-DRÓG PIŁA” Spółka z o.o. w Pile,

zaskarżając go w całości.

Zaskarżonemu wyrokowi skarżący zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 2 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez nieuprawnione przyjęcie jakoby zaoferowanie sworzni o przekroju innym niż wymagany specyfikacją istotnych warunków zamówienia mieściło się w zakresie ustawowego wyrażenia: „*oczywista omyłka pisarska*” i mogło zostać poprawione w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości, w następujący sposób:

- 1) w pkt. 1 poprzez oddalenie odwołania SKANSKA S.A. oraz
- 2) w pkt. 2 poprzez obciążenie zasądzonymi kosztami postępowania Odwołującego SKANSKA S.A. oraz wniósł o zasądzenie na rzecz wnoszącego skargę „POL-DRÓG” Spółka z o.o. kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według rachunku, jaki zostanie przedłożony na rozprawie. Wniósł także o zwrot kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Skarżący wskazał, iż w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający był obowiązany do dokonania skreślenia liczby 19 i zastąpienia jej liczbą 21, co powinien uczynić w oparciu o art. 87 ust. 2 ustawy. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała zatem na przepis, zgodnie z którym „*Zamawiający poprawia w tekście oferty oczywiste omyłki pisarskie (...).*”. W uzasadnieniu (*str. II zaskarżonego wyroku*) Krajowa Izba Odwoławcza powołała się na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 23.04.2001 r. w sprawie SA 863/00. W wyroku tym Sąd dokonując wykładni art. 113 k.p.a. zdefiniował błąd pisarski jako: „*widoczne wbrew zamierzeniu (...) niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylną pisownię albo widoczne niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów.*”. Krajowa Izba Odwoławcza, przyjęła dalej bezpodstawnie (*str. II wyroku*), że wyrażenie „*nieodpowiednie użycie wyrazów*” dotyczy także sytuacji, w której „*nieodpowiednio użyto liczby „19” zamiast „21*”

Wskutek takiej - wadliwej w ocenie skarżącego - interpretacji, Krajowa Izba Odwoławcza nie tylko uznała że „*wyraz*” to, to samo, co „*liczba*”, lecz przede wszystkim pominęła tę okoliczność, że Naczelny Sąd Administracyjny, oceniając art. 113 k.p.a., nie brał pod uwagę zasady wyrażonej w art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP, który nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty: „*jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*”. Krajowa Izba Odwoławcza dokonała zatem nieuprawnionej w tej sytuacji wykładni rozszerzającej przepisu, ustalającego wyjątek od reguły pomimo, że uznała za zasadne stanowisko Skarżącego co do niedopuszczalności takiej wykładni. Powyższe wynika z ostatniego zdania na str. 10 wyroku, gdzie mowa jest „*o słusznie reprezentowanym poglądzie pełnomocnika Przystępujących, że przepis o poprawianiu oczywistych omyłek pisarskich ma charakter wyjątkowy i nie należy go interpretować rozszerzająco*”. Nie ulega też wątpliwości, że w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, oferta SKANSKA S.A. jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, co potwierdza zdanie zawarte na str. 11 zaskarżonego wyroku: „*Z powyższego wynika, że celem działań Odwołującego jest doprowadzenie jego oferty do zgodności z SIWZ*”.

Skarżący podkreślił, iż pomimo takich ustaleń prawnych i faktycznych, zaskarżone orzeczenie obliguje Zamawiającego do dokonania zmiany w treści oferty złożonej przez SKANSKA S.A. w zakresie przekroju oferowanych sworzni, podczas gdy, stanowisko doktryny co do zakazu dokonywania takich zmian można uznać za jednolite i utrwalone. W świetle przytoczonego przez skarżącego stanowiska doktryny, za niezasadne i nieskuteczne uznał on odwoływanie się do dodatkowych obliczeń związanych z wagą czy ceną oferowanego towaru tym bardziej, że towar w tym samym gatunku może mieć różne ceny w zależności np. od źródła pochodzenia czy czasu nabycia. Zamawiający nie powinien zatem domyślać się, czy dokonywać dodatkowych analiz, obliczeń lub wyjaśnień (w rozumieniu art. 87 ust. 1 PZP) w celu ustalenia, że parametry oferowanych wyrobów (przekrój sworzni) są w rzeczywistości inne, niż podane w ofercie. Dotyczy to w szczególności przedmiotów mających wpływ na zachowanie wymaganych parametrów statycznych obiektu mostowego, co Skarżący podkreślał na str. 4 Zgłoszenia (...) z dnia 19 marca br.

Wnoszący skargę nie zakwestionował tego, że także kosztorysy mogą być poprawiane w oparciu o art. 87 ust. 2 ustawy. Nie każda jednak wada treści oferty (w tym treści kosztorysu) może zostać zakwalifikowana jako oczywista omyłka pisarska. Ustaleniu, że mamy do czynienia z taką właśnie omyłką musi towarzyszyć wskazanie jakiegokolwiek powszechnie przyjętej reguły pisarskiej (ortograficznej, gramatycznej czy innej), która została naruszona. W przedmiotowej sprawie nie można wskazać na żadną tego typu regułę, z której wynikałoby, że liczba 19 powinna zostać zastąpiona liczbą 21. Gdyby sposób wykładni art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 PZP zastosowany w zaskarżonym wyroku był słuszny, to na zamawiających spoczywałby obowiązek poprawiania wszelkich parametrów a także i nazw wszelkich towarów, które zostały określone lub użyte w treści oferty w sposób niezgodny z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie Skarżącego jest to nieuprawniona - rozszerzająca wyjątku ustalonego w art. 87 ust. 2 ustawy.

Przeciwnik skargi SKANSKA S.A. w Warszawie wniósł o oddalenie skargi wniesionej przez skarżącego. Zamawiający wniósł o oddalenie skargi, zaś Budimex Dromex przychylił się do skargi.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga podlega oddaleniu.

W ocenie Sądu Okręgowego, uznać należy, iż w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z oczywistą omyłką, o której mowa w art. 87 ust 2. w/w ustawy.

Nie istnieje co prawda legalna definicja oczywistej omyłki pisarskiej, o której mowa w treści art. 87 ust. 2 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 - tekst jedn.), lecz zarówno doktryna jak i orzecznictwo sądowe wielokrotnie definiowało to pojęcie w kontekście różnego rodzaju przepisów prawnych, w których jest mowa o błędach i omyłkach pisarskich i rachunkowych. Najogólniej rzecz biorąc błąd pisarski to "widoczne, wbrew zamierzeniu, niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylna pisownia albo widocznie niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów itp.". Definiując natomiast omyłki pisarskie należałoby uznać, że są to omyłki stojące na równi z błędami pisarskimi lub rachunkowymi, a zatem tylko omyłki polegające na tym, że wyrażono coś, co jest niezgodne z myślą niedwuznacznie wyrażoną przez podmiot, a zostało wypowiedziane tylko przez przeoczenie, niewłaściwy dobór słów itp.

Przed wszystkim trafnie Krajowa Izba Odwoławcza argumentowała, że Zamawiający sporządził przedmiar robót, a wykonawca miał przedstawić jego lustrzane odbicie z wstawieniem tylko cen, zaś w takim wypadku nie można stwierdzić niezgodności kosztorysu bez porównania go z przedmiarem. W konsekwencji taka zmiana w kosztorysie, który stanowi odzwierciedlenie przedmiaru robót, nie stanowi zmiany treści oferty w myśl art. 87 ust. 1 ustawy. Na uznanie zasługuje również wyjaśnienie złożone w postępowaniu protestacyjnym przez SKANSKA S.A. w Warszawie, iż „poprawienie pomyłki przez Zamawiającego nie może budzić wątpliwości, zwłaszcza, że została poprawiona wyłącznie średnica a, w pozostałym zakresie opis tej pozycji zgadza się z przedmiarem. Pisarski charakter omyłki dotyczy błędnego wyrażenia na piśmie liczby — średnicy sworzni. Przez poprawienie omyłki nie doszło do zmiany ceny oraz rozmiaru świadczenia. Oczywiście omyłki nie budzi wątpliwości, błąd w kosztorysie wskazuje na nieprawidłowe przekopiowanie pozycji z przedmiaru do kosztorysu ofertowego, zwłaszcza, że układ wierszy był taki, iż dwie pozycje niżej (pozycja 571) został opisany sworzeń o średnicy 19 mm”.

Podkreślenia wymaga, że oczywista omyłka pisarska jest zwykle wynikiem przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, nigdy zaś uchybienia merytorycznego. Poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli. Mimo tego że, poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej zawsze będzie skutkowało zmianą treści ofert, to należy pamiętać, że będzie tak jedynie w znaczeniu

technicznym, nie zaś merytorycznym. W wyniku zatem poprawienia omyłki nie zmienia się treść oferty w sensie treści oświadczenia woli wykonawcy (Prawo zamówień publicznych, komentarz, Paweł Gamecki, wydawnictwo C.H., Warszawa 2007 r., str. 246). W przedmiotowej sprawie nie ulega wątpliwości, iż w zakresie danych opisujących parametry sworzni doszło do oczywistej omyłki pisarskiej. Na rozprawie apelacyjnej przeciwnik skargi SKANSKA S.A. podniósł, że są 4 parametry opisujące sworznie, przy czym są to parametry opisywane przez projektantów, które wykonawca wycenia. Zważyć należy, że 3 z nich, a mianowicie masa, długość i łeb sworzni są zgodne ze specyfikacją. Logicznie rozumując przyjąć należy, że średnica sworzni musi być również zgodna z pozostałymi 3 parametrami, a zatem błędny jej wymiar może zostać poprawiony w trybie sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej. Jest to tym bardziej zasadne, że wskutek tej czynności - wbrew twierdzeniom skarżącego - nie doszło do zmiany ceny oraz rozmiaru świadczenia.

Odnosząc się w tym miejscu do zarzutu skarżącego, iż Krajowa Izba Odwoławcza - powołując się przy interpretacji oczywistej omyłki pisarskiej na orzeczenia Naczelnego Sądu Administracyjnego - bezpodstawnie uznała że „*wyraz*” to, to samo, co „*liczba*”, zważyć należy, iż do tego zarzutu nie można się przychylić, bowiem wyrok Sądu Administracyjnego w istocie dotyczył błędu pisarskiego, a sąd - posilkując się wspomnianym orzeczeniem - dokonał jedynie niezbędnej jego modyfikacji w zakresie dostosowania definicji do potrzeb niniejszego stanu faktycznego.

Konkludując, chybiony jest zarzut skarżącego, że Izba dokonała nieuprawnionej wykładni rozszerzającej przepisu art. 87 ust. 2 ustawy. Dodatkowo podkreślić trzeba, że prezentowaną interpretację przepisu potwierdza pośrednio przygotowywana nowelizacja cytowanego przepisu.

Zgodnie z projektem nowelizacji (numer druku 471) ustawy prawo zamówień publicznych art. 87 ust. 2 otrzyma następujące brzmienie:

"art. 87 ust. 2. Zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie - powodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona."

W uzasadnieniu przedmiotowego projektu z kolei czytamy: „W projekcie wprowadza się

istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. 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. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami" (tekst pochodzi ze stron internetowych Sejmu () i Senatu ().

W tym- stanie rzeczy, na podstawie art. 198 pkt.2 ustawy prawo zamówień publicznych , orzeczono jak sentencji.

'■'Wa oryginale wteśchwe podpkg

świadczy