

Sygn. akt: KIO 1223/10

WYROK
z dnia 5 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ComArch S.A., 31-864 Kraków, ul. Jana Pawła II 39A** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Główny Urząd Statystyczny, 00-925 Warszawa, Al. Niepodległości 208,**

przy udziale **Asseco Systems S.A., 02-146 Warszawa, ul. 17 Stycznia 74** zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **ComArch S.A., 31-864 Kraków, ul. Jana Pawła II 39A** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) wniesiony przez **ComArch S.A., 31-864 Kraków, ul. Jana Pawła II 39A** w poczet kosztów postępowania,
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx gr. (słownie: xxx) przez **xxxx** na rzecz **xxxx** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego przed KIO.

3. Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Comarch S.A. z/s w Krakowie uczestniczący w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na „Dostawę i rozbudowę infrastruktury sprzętowo – systemowo – narzędziowej wraz z instalacją i konfiguracją na potrzeby przeprowadzenia Powszechnego spisu Rolnego w 2010 r. oraz Narodowego Spisu Powszechnego Ludności i Mieszkań w 2011 r.” w złożonym odwołaniu zarzucił zamawiającemu, którym jest Główny Urząd Statystyczny naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy poprzez poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji dokonanych poprawek, pomimo iż niezgodność oferty złożonej przez Asseco Systems S.A. z siwz nie jest omyłką rachunkową podlegającą poprawie,
- z ostrożności procesowej – art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez poprawienie omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz, pomimo iż niezgodność nie jest omyłką podlegającą poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Asseco Systems, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści siwz.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty złożonej przez Asseco Systems S.A., nakazanie dokonania powtórnej oceny ofert i nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez Asseco Systems S.A.

Uzasadniając zarzuty odwołujący stwierdził, że na stronie 5 pkt 5 oferty Asseco znajduje się błąd polegający na niezgodności treści oferty z siwz. Wskazał, że zgodnie z pkt 4.1. siwz zamawiający wymagał, aby Etap I zamówienia został wykonany do „nie później jednak niż do dnia 15.08.2010 r.” Jednocześnie w pkt 15.1.2. siwz jako jedno z kryteriów oceny ofert wskazano „Termin realizacji pierwszego etapu dostawy (T) – waga 30%” i podano w pkt 15.2.2, iż „Zamawiający przyzna wykonawcy 2 pkt za każdy dzień skrócenia terminu w stosunku do wymaganego terminu tj. do dnia 15 sierpnia 2010 r.” Powyższe znalazło odzwierciedlenie w formularzu ofertowym (zał. nr 3 do siwz), gdzie pkt 5 brzmi: „Oferowany przez nas termin realizacji pierwszego etapu to:..... 2010 r. Proponowany przez nas czas skrócenia realizacji pierwszego etapu dostawy wynosi dni.”

W ofercie Asseco wskazany pkt 5 brzmi: „Oferowany przez nas termin realizacji pierwszego etapu dostawy to: 15.08.2010. Proponowany przez nas czas skrócenia realizacji pierwszego etapu wynosi 5 dni.”

Odwołujący zauważa, że w tym zakresie oferta zawiera błąd, jest sprzeczna z siwz i jest wewnętrznie sprzeczna. Odwołujący wskazał, że zamawiający poinformował pisemnie Asseco, iż „poprawił w ofercie wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy „oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek” i wskazał, że „należy przyjąć 10.08.2010 r., jako oferowany przez wykonawcę termin realizacji pierwszego etapu dostawy.”

Odwołujący stwierdził, że poprawiony przez zamawiającego błąd nie jest ani oczywistą omyłką, ani omyłką rachunkową. Wskazał, że oczywistą omyłką jest omyłka widoczna na pierwszy rzut oka, w stosunku do której istnieje jeden możliwy sposób poprawienia. Zauważył, że błąd ten, jakkolwiek nie podlega poprawie, można poprawić na dwa sposoby tj. uznać że prawidłowo wpisano czas skrócenia realizacji, a wadliwie termin realizacji albo prawidłowo wpisano termin, a wadliwie czas skrócenia realizacji. Co najmniej 2 sposoby poprawienia błędu powodują, że błąd ten nie jest omyłką oczywistą.

Odwołujący stwierdził również, że przedmiotowy błąd nie jest w ogóle omyłką rachunkową, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy, gdyż omyłki rachunkowe są to omyłki w liczeniu, na ogół liczeniu ceny lub jej składników.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że zamawiający poprawiając błąd w ofercie wezwał wykonawcę do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki powołując art. 89 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Odwołujący zauważył, że zamawiający poprawił omyłkę wskazując i cytując przepis art. 87 ust. 2 pkt 2, a następnie wezwał do wyrażenia zgody przewidzianej wyłącznie w przypadku poprawiania omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3, czyli innych omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Z ostrożności procesowej odwołujący wskazał, że także zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy do przedmiotowego błędu jest niedopuszczalne, gdyż nie jest on oczywisty w kontekście istotnych warunków zamówienia, a ponadto błąd taki nie może być istotny, nie może powodować istotnych zmian w treści oferty. Jak zauważa odwołujący, zmiana terminu realizacji zamówienia jest istotną zmianą w treści oferty, zaś w tym postępowaniu, jest szczególnie istotną, wobec faktu, iż termin realizacji pierwszego etapu dostawy jest jednym z kryterium oceny.

W konkluzji odwołujący stwierdził, że błędu znajdującego się w ofercie Asseco nie można w ogóle poprawić w żadnym z trybów określonych w art. 87 ust. 2 ustawy.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że nie jest możliwe uwzględnienie wszystkich zarzutów odwołania, gdyż dnia 29.06.2010 r. za zgodą Izby zawarł umowę o udzielenie zamówienia publicznego. Odnosząc się do zarzutów stwierdził, że poprawienie omyłki w ofercie nastąpiło na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, a nie jak omyłkowo wskazał w piśmie skierowanym do wykonawcy dnia 8.06 b. r. O właściwej

podstawie prawnej zawiadomił pisemnie dnia następnego. Stwierdził, że błąd w ofercie jest następstwem niefortunnego sformułowania w treści formularza ofertowego. Zdaniem Zamawiającego intencja wykonawcy była jasna. Skrócił on termin realizacji dostawy o 5 dni. Wynikło to z okoliczności. Wskazał nadto, że oba terminy wskazane w ofercie są zgodne ze specyfikacją. Poprawienie omyłki nie spowodowało istotnych zmian oferty. Wskazał, że niezależnie od tego jaki termin zostałby przyjęty za prawidłowy nie miałyby to wpływu na wynik na postępowanie.

Przystępujący Asseco Systems S.A. wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że poprawienie omyłki w treści jego oferty nastąpiło na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, a nie jak omyłkowo wskazano w piśmie zamawiającego z dnia 8.06.2010 r. Okoliczność tę potwierdził zamawiający w kolejnym piśmie. Przystępujący wskazał, że omyłki poprawiane na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 nie muszą mieć charakteru oczywistego. Na poparcie stanowiska przystępujący wskazał na orzeczenia KIO, w tym także dotyczące możliwości poprawienia elementów oferty stanowiących istotny jej składnik, takich jak cena lub termin. Zauważył ponadto, że złożył ofertę z ceną niższą.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika oraz uwzględniając dokumentację postępowania, w tym w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia i treść oferty złożonej przez przystępującego do postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Jak wynika z postanowień pkt 4.1. siwz zamawiający wymagał, aby Etap I zamówienia został wykonany do „nie później jednak niż do dnia 15.08.2010 r.” Formularz ofertowy stanowiący załącznik nr 3 do siwz zawierał sformułowanie: „Oferowany przez nas termin realizacji pierwszego etapu to:..... 2010 r. Proponowany przez nas czas skrócenia realizacji pierwszego etapu dostawy wynosi dni.”

Wykonawca Asseco S.A. formułując treść oferty w przedmiotowym zakresie wypełnił powołany formularz treścią „Oferowany przez nas termin realizacji pierwszego etapu dostawy to: 15.08.2010. Proponowany przez nas czas skrócenia realizacji pierwszego etapu wynosi 5 dni.”

Powyższe oświadczenie woli w ocenie Izby należy odczytywać z zastosowaniem reguły wykładni na podstawie art. 65 kodeksu cywilnego mającego zastosowanie na podstawie art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oznacza to, że wykonawca w pierwszym zdaniu wskazał na termin 15.08.2010 r. określony postanowieniami specyfikacji jako termin, którego nie można przekroczyć, natomiast w kolejnym zdaniu zadeklarował skrócenie powyższego terminu określonego datą kalendarzową, o pięć dni. W konsekwencji zadeklarowanym terminem realizacji pierwszego etapu dostawy jest dzień 10.08.2010 r., jakkolwiek data ta nie

została wprost podana w ofercie. Tym samym Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby w ofercie przystępującego wskazano dwa różne terminy.

Będąca przedmiotem sporu treść oferty nie jest w tym świetle niezgodna z treścią siwz, co oznacza, że oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 1 ustawy.

Konsekwencją stwierdzenia zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia jest uznanie, że błędem jest uznanie przez zamawiającego, że ofercie wystąpiła omyłka podlegająca poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy. W szczególności nie wystąpiła oczywista omyłka rachunkowa, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy, który to przepis powołał zamawiający w zawiadomieniu z dnia 8.06.2010 r. o poprawieniu omyłki.

Skoro zatem Izba uznała, że w treści oferty nie nastąpiła niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, brak było również podstaw do zastosowania procedury poprawienia omyłki przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, którą w tej sprawie zamawiający w rzeczywistości zastosował.

Wskazane uchybienia w czynnościach zamawiającego dokonanych w prowadzonym postępowaniu nie miały jednak wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W świetle powyższego orzeczono, jak w sentencji wyroku, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący:

.....