

Sygn. akt: KIO 2967/20

WYROK
z dnia 27 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2020 r. przez Wykonawcę **M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Progres M. B. (ul. Bp. Krasickiego 44A, 05-070 Sulejówkę)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gmina Miasto Marki (Al. Marszałka Józefa Piłsudskiego 95, 05-270 Marki)**

przy udziale Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PARTNER D. A. oraz Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. (ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa)** zgłaszających przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego
orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PARTNER D. A. oraz Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k.,

- dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert, w tym:

- unieważnienie dokonanej czynności polegającej na poprawieniu omyłki rachunkowej w formularzu oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PARTNER D. A. oraz Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. i przywrócenie pierwotnego brzmienia formularza oferty tego Wykonawcy (załącznik nr 2)

- dokonanie poprawienia omyłki pisarskiej w ofercie tego Wykonawcy (w pozycji nr 1, kolumnie nr 4) w ten sposób, że wartość ceny netto za 1 Mg odpadów niesegregowanych (zmieszanych) komunalnych wynosi 1092,50 zł

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Gmina Miasto Marki (Al. Marszałka Józefa Piłsudskiego 95, 05-270 Marki)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Progres M. B. (ul. Bp. Krasickiego 44A, 05-070 Sulejówkę)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego **Gmina Miasto Marki (Al. Marszałka Józefa Piłsudskiego 95, 05-270 Marki)** na rzecz Odwołującego **M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Progres M. B. (ul. Bp. Krasickiego 44A, 05-070 Sulejówkę)** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2967/20

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Miasto Marki prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Miasto Marki powstałych na nieruchomościach zamieszkałych Sektor 1 - Marki Północne”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 sierpnia 2020 roku pod numerem 2020/S 148 - 363435.

Odwołujący M. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Progres – M. B. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na:

a) dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Partner D. A. oraz Partner sp. z o.o. sp.k. w sytuacji gdy oferta Konsorcjum albo podlegała odrzuceniu, co rażąco narusza art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy P.z.p albo była ofertą trzecią co do kolejności w zakresie jej punktacji z uwagi na zaofertowaną cenę usługi, co z kolei narusza rażąco art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust.3 ustawy P.z.p.,

b) poprawieniu w ofercie ww. Konsorcjum oczywistej omyłki rachunkowej albo w sposób niedopuszczalny przez przepisy P.z.p, albo w sposób wadliwy metodologicznie, co rażąco narusza art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy P.z.p.,

c) zaniechaniu odrzucenia oferty ww. Konsorcjum, co rażąco narusza art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. albo dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem kryterium oceny ofert określonej w SIWZ, co rażąco narusza art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Partner D. A. oraz Partner sp. z o.o. sp.k.,

b) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej w formularzu oferty Konsorcjum Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Partner D. A. oraz Partner sp. z o.o. sp.k. w sposób jaki tego dokonał Zamawiający i ewentualne nakazanie jej poprawienia jako oczywistej omyłki pisarskiej ale wyłącznie w kolumnie 4 w odniesieniu do pozycji 1 z formularza oferty,

c) odrzucenia oferty Konsorcjum Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Partner D. A. oraz Partner sp. z o.o. sp.k. z uwagi na błąd w obliczeniu ceny albo poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej w formularzu oferty Konsorcjum w sposób poprawny metodologicznie, jako oczywistej omyłki pisarskiej a nie rachunkowej,

d) powtórzenie czynności polegającej na dokonaniu badania i oceny ofert albo z pominięciem oferty Konsorcjum Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Partner D. A. oraz Partner sp. z o.o. sp.k. albo z uwzględnieniem ceny oferty Konsorcjum jaka wynika ze

złożonej oferty po dokonaniu poprawy w sposób właściwy oczywistej omyłki pisarskiej,
e) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej,
f) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.
W toku badania i oceny złożonych ofert Zamawiający dokonał w złożonych przez Wykonawców ofertach poprawy oczywistych omyłek rachunkowych, w tym w ofercie złożonej przez Konsorcjum Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Partner D. A. oraz Partner sp. z o.o. sp.k., której oferta po tych poprawkach została uznana przez Zamawiającego za ofertę najkorzystniejszą.
W piśmie z dnia 1 października 2020 roku adresowanym do ww. Konsorcjum Zamawiający poinformował o poprawieniu przez siebie w formularzu oferty oczywistej omyłki rachunkowej z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

W ocenie Odwołującego sposób w jaki tego dokonał Zamawiający powoduje, że dokonana poprawka nie kwalifikuje się jako oczywista omyłka rachunkowa i stanowi w takim wypadku nie oczywistą omyłkę rachunkową a wyłącznie błąd w obliczeniu ceny. Odwołujący wskazał następujące okoliczności:

Konsorcjum Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Partner D. A. oraz Partner sp. z o.o. sp.k. w ofercie w odniesieniu do niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych wskazało cenę netto za 1 Mg w kwocie 1000,92 zł oraz w kwocie brutto 1179,90 zł za 1 Mg, co wskazuje pozornie na zastosowanie stawki podatku VAT w wysokości 15,17 %, a więc stawki tego podatku jakiej w ogóle ustawa o podatku od towarów i usług nie przewiduje. Właściwa stawka podatku VAT za tego typu usługę wynosi 8 %, co jest okolicznością niesporną. Następnie w kolejnych kolumnach tej pozycji formularza ofertowego Konsorcjum Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Partner D. A. oraz Partner sp. z o.o. sp.k. wskazało szacunkową ilość odpadów jaką założył Zamawiający dla wszystkich Wykonawców oraz sumę ceny netto i ceny brutto za odbiór i zagospodarowanie niesegregowanych odpadów komunalnych, które wynoszą odpowiednio kwotę 3.081.198 51 zł (netto) i kwotę 3.327694,39 zł (brutto).

Dokonując poprawienia cen w formularzu oferty tego ww. Wykonawcy Zamawiający jako oczywistą omyłkę rachunkową poprawił w odniesieniu do tej pozycji cenę brutto z kwoty 1179,90 zł/Mg na cenę 1080,99 zł/Mg (kolumna 5) oraz sumę netto z kwoty 3.081.198,51 zł na kwotę 2.822.913,69 zł (kolumna 7) oraz sumę brutto z kwoty 3.327.694,39 zł na kwotę 3.048.736,63 zł (kolumna 8), a także w konsekwencji poprawił łączną wartość netto oferty z kwoty 5.058.237,29 zł na kwotę 4.799.952,47 zł i łączną wartość oferty brutto z kwoty 5.462.896,27 zł na kwotę 5.183.938,52 zł.

Po dokonaniu tych poprawek cena oferty Konsorcjum Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Partner D. A. oraz Partner sp. z o.o. sp.k. uległa obniżeniu w stosunku do tej wynikającej ze złożonej oferty o kwotę 278.957,75 zł, co spowodowało, że oferta z pierwotnie trzeciej w kolejności co do zaofferowanej ceny stała się ofertą z ceną najniższą. W ocenie Odwołującego, w ofercie Konsorcjum Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Partner D. A. oraz Partner sp. z o.o. sp.k. zawiera się błąd w odniesieniu do pozycji 1 z formularza oferty ale wyłącznie w przedstawieniu ceny netto za 1 Mg w kolumnie 4. Cena ta nie powinna wynosić 1000,92 zł za 1 Mg odpadów ale cenę 1092,50 zł za 1 Mg odpadów.

W ocenie Odwołującego, jest to nie tyle oczywista omyłka rachunkowa, ale oczywista omyłka pisarska, wynikająca z przedstawienia przecinka, którą Zamawiający mógł również poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p.

Zamawiający dokonał poprawek w ofercie kwalifikując je jako oczywiste omyłki rachunkowe. Odwołujący wskazał, że poza ceną netto z kolumny 4 za 1 Mg odpadów na poziomie 1000,92 zł wszystkie pozostałe wyliczenia z kolumn 5-8 formularza oferty są wyliczone prawidłowo włącznie z właściwą stawką podatku VAT na poziomie 8%. Odwołujący wskazał, że wystarczy podzielić sumę netto z kolumny 7 przez szacunkową ilość odpadów do odbioru i zagospodarowania a otrzymamy właściwą stawkę ceny netto za 1 Mg zgodnie z działaniem $3081198,51 \text{ zł} : 2820,319 \text{ MG} = 1092,50 \text{ zł/Mg}$. Jeśli następnie kwotę 1092,50 zł powiększymy o 8 % stawkę VAT, to otrzymamy zgodnie z działaniem $1092,50 \times 1,08 = 1179,90$, tj. kwotę jaką sam Wykonawca wskazał w kolumnie 5 jako cenę brutto za 1 Mg przedmiotowych odpadów komunalnych. Także jeśli następnie pomnożymy cenę netto lub cenę brutto przez szacunkową ilość odpadów do odbioru i zagospodarowania to otrzymamy odpowiednio $1092,50 \text{ zł/Mg} \times 2820,319 \text{ MG} = 3081198,51 \text{ zł}$ (suma netto z oferty) i $1179,90 \text{ zł/Mg} \times 2820,319 \text{ MG} = 3327694,39 \text{ zł}$ (suma brutto z oferty), a więc odpowiednio sumy cen netto i brutto z kolumn 7 i 8.

Odwołujący wskazał dalej, że jeśli Zamawiający chciał dokonać poprawki kwalifikowanej jako oczywista to mógł wyłącznie jej dokonać jako oczywistej omyłki pisarskiej w kolumnie 4 tj. poprawienia ceny netto za Mg odpadów, ponieważ tylko taka poprawka jest logicznie i matematycznie uzasadniona. Nie można twierdzić w tych okolicznościach, że Wykonawca Konsorcjum Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Partner D. A. oraz Partner sp. z o.o. sp.k. podał właściwą cenę w kolumnie 4 a popełniło błędy w czterech innych kolumnach, jeśli wyliczenia z kolumn 5 - 8 są matematycznie poprawnie wyliczone, a przede wszystkim jest właściwie wyliczona stawka podatku VAT.

W opinii Odwołującego sposób poprawienia ceny oferty w sposób dokonany przez Zamawiającego nie znajduje żadnego uzasadnienia i przeczy samej istocie rozumienia możliwości dokonania poprawki jako oczywistej omyłki rachunkowej, w konsekwencji naruszając podstawowe zasady oceny ofert, zasady uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców. Jeśli w ocenie Zamawiającego nie jest dopuszczalne poprawianie w formularzu oferty ceny usługi netto z kolumny 4 formularza ofert w odniesieniu do pozycji 1 jako oczywistej omyłki pisarskiej a nie rachunkowej, to w żadnym wypadku nie powinien Zamawiający dokonywać zmian w ofercie Wykonawcy w sposób w jaki to miało miejsce, a jedynie uznać, iż oferta zawiera w tych okolicznościach błąd w obliczeniu ceny i w konsekwencji odrzucić tę ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p.

Dalej Odwołujący wskazał, że możliwość poprawienia błędnej stawki podatku od towarów i usług jest uzależniona od tego czy w SIWZ zamawiający wskazał jaką stawkę podatku należy w danym zamówieniu publicznym zastosować. W niniejszym postępowaniu Zamawiający w SIWZ nie wskazał stawki podatku VAT, a więc nawet gdyby przyjąć, że Wykonawca nie popełnił oczywistej omyłki pisarskiej w kolumnie 4 i rzeczywiście zaofferował cenę netto na poziomie 1000,92 zł/Mg, czemu przeczy zwykła logika i zasady matematyki, to i tak Zamawiający nie mógł zgodnie z obowiązującymi przepisami poprawić wyliczeń w cenie brutto z uwagi na zastosowanie w ofercie błędnej stawki podatku VAT. Należałoby uznać, iż w tym wypadku ma miejsce błąd w obliczeniu ceny i taką ofertę odrzucić, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 P.z.p.

W ocenie Odwołującego cena netto z kolumny 4 w formularzu oferty może być poprawiona jako oczywista omyłka pisarska, ponieważ wynika to z pozostałych wyliczeń w odniesieniu do tej pozycji z kolumn 5-8 formularza oferty.

Oczywistą omyłką pisarską może być także podanie niewłaściwych liczb czy cyfr jeśli taki wniosek jest uzasadniony całokształtem oceny popełnionej omyłki, a tak właśnie jest w odniesieniu do przedmiotowego błędu w zaoferowanej cenie.

Odwołujący argumentował, że jeśli cena z kolumny czwartej zostanie poprawiona na rzeczywiście zaoferowaną cenę netto w kwocie 1092,50 zł/Mg, to nie będzie to miało żadnego wpływu na łączną wartość oferty i nie ulegnie ona obniżeniu o ponad 278.000,00 złotych i nadal będzie pod względem zaoferowanej ceny trzecią w kolejności, natomiast oferta Odwołującego będzie zawierała cenę najniższą i będzie w konsekwencji przy kryteriach oceny ofert określonych w SIWZ ofertą najkorzystniejszą ze wszystkich złożonych przez Wykonawców w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofert.

W ocenie Odwołującego Zamawiający rażąco naruszył art.91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p. ponieważ dokonał wyboru oferty w sposób sprzeczny z ustalonymi przez siebie w SIWZ kryteriami oceny ofert i nie wybrał oferty najkorzystniejszej spośród złożonych przez Wykonawców ofert. Nie jest dopuszczalne poprawienie oferty w zakresie w jakim to miało miejsce w odniesieniu do ww. Konsorcjum. Ustawodawca dopuszcza dokonywanie poprawy złożonych ofert w zakresie tzw. oczywistych omyłek, ale poprawienie oczywistej omyłki nie może sprowadzać się do tego, iż złożona oferta danego wykonawcy po dokonaniu takiej poprawy jest de facto nową ofertą w zakresie zaoferowanej ceny i nie znajduje to uzasadnienia ani logicznego ani matematycznego ani innego aby w takim zakresie tej poprawy oferty dokonać jako oczywistej omyłki rachunkowej.

W argumentacji Odwołujący podniósł także, że oczywista omyłka czy to pisarska czy rachunkowa czy inna ze swej istoty musi być omyłką nieomal oczywistą i jeśli nawet ma miejsce to może być poprawiona przez Zamawiającego w taki sposób aby odzwierciedlała realnie niezamierzony błąd w ofercie a nie kreowała nową rzeczywistość, zafalszowując pierwotnie złożoną ofertę i mogła być uznana, tak jak w okolicznościach sprawy niniejszej, jako de facto nowo oferta złożona dodatkowo już po otwarciu pozostałych ofert i wiedzy tego Wykonawcy na temat zaoferowanych cen przez pozostałych Wykonawców. Nie ulega przecieży wątpliwości jaka była realnie zaoferowana cena za odbiór odpadów komunalnych w pozycji 1 formularza oferty przez Konsorcjum Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Partner D. A. oraz Partner sp. z o.o. sp.k., ponieważ jest to bardzo proste do wyliczenia. Poprawienie oferty jako oczywistej omyłki ma zapewnić aby przez drobne błędy nie byli dyskwalifikowani Wykonawcy ubiegający się o zamówienia publiczne i oferujący korzystne warunki, ale nie można poprzez niedopuszczalne poprawianie ofert dopuścić do wypaczenia istoty rozumienia tego co można uznać za dopuszczalne poprawienie oczywistej omyłki w złożonej ofercie. Nieprzekraczalną granicę stanowi takie poprawienie oferty poprzez wykorzystanie oczywistej omyłki.

Jak wskazał Odwołujący, gdyby uznać, że nie jest dopuszczalne poprawienie ceny ww. Konsorcjum w kolumnie 4 jako oczywistej omyłki pisarskiej, to wówczas ma miejsce błąd w obliczeniu ceny. Będzie to skutkowało odrzuceniem oferty Konsorcjum, a co w konsekwencji również doprowadzi do uznania oferty Odwołującego za ofertę najkorzystniejszą ze wszystkich złożonych przez Wykonawców w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofert.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Wskazał, że dokonał weryfikacji wszystkich złożonych ofert w ten sam sposób z zastosowaniem reguły jaka została wskazana w dokumentach zamówienia wychodząc od jednostkowej stawki netto za 1 Mg. Wskazał ponadto, że rozliczenie w związku z realizacją umowy prowadzone będzie w okresie miesięcznych na podstawie cen jednostkowych. Łączna wartość oferty służy jedynie do porównania ofert oraz wyliczenia maksymalnej wartości umowy. W opinii Zamawiającego popełniona omyłka polegała wyłącznie na błędnie wykonanym działaniu arytmetycznym, a jej dostrzeżenie nie wymagało posiadania jakiegokolwiek specjalistycznej wiedzy w tym zakresie lub zasięgnięcia dodatkowych informacji u wykonawcy.

Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, bowiem nie może skutecznie domagać się od Zamawiającego wyboru jego oferty i zawarcia z nim umowy, z uwagi na fakt, że upłynął termin związania ofertą. Zamawiający stwierdził, że „ewentualne uwzględnienie odwołania skutkować będzie koniecznością ponownego przeprowadzenia szeregu czynności w ramach postępowania w przedmiocie udzielenie zamówienia publicznego, co z kolei dla podmiotu publicznego jakim jest zamawiający i zadania publiczne jakie na nim ciąży, a które realizuje w wyniku zawarcia umowy mającej za przedmiot odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od mieszkańców miast jest niezasadne, nieracjonalne.”

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługuje interes we wniesieniu odwołania.

Zgodnie z artykułem 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący ma oraz miał interes w uzyskaniu zamówienia. Wziął udział w postępowaniu, złożył ofertę, która jest ofertą najkorzystniejszą. W wyniku działania Zamawiającego, jego oferta znalazła się na drugiej pozycji, przez co Wykonawca traci możliwość uzyskania zamówienia. To oznacza, że poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Okoliczność podnoszona przez Zamawiającego, że upłynął termin związania ofertą Odwołującego, nie ma znaczenia w niniejszym postępowaniu. W chwili dokonywania czynności Zamawiającego, jak również w chwili dokonania wyboru oferty przez Zamawiającego, termin związania ofertą jeszcze nie upłynął, Odwołujący był związany ofertą. Zamawiający wyznał także, że nie zwracał się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą.

Powyższa okoliczność w żaden sposób nie wpływa na możliwość wniesienia odwołania w postępowaniu w sytuacji, gdy Wykonawca poniósł szkodę w wyniku czynności dokonanych przez zamawiającego w postępowaniu.

Niezrozumiałe są wywody Zamawiającego, że w wyniku uwzględnienia odwołania, będzie zmuszony „przeprowadzić szereg czynności w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, co z kolei dla podmiotu publicznego jakim jest Zamawiający i zadania publiczne jakie na nim ciąży, a które realizuje w wyniku zawarcia umowy mającej za przedmiot odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od mieszkańców miast jest niezasadne, nieracjonalne”. Pomijając zagmatwany charakter wyводу Zamawiającego, należy wskazać, że jest on zupełnie nietrafny.

Nie jest niczym nadzwyczajnym, że przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego to szereg czynności, jakie Zamawiający jest zobowiązany przeprowadzić. Ponadto okoliczność, że Zamawiający w wyniku uwzględnienia odwołania będzie zmuszony „przeprowadzić szereg czynności” w żaden sposób nie usprawiedliwia podejmowania bezpodstawnych i niezasadnych działań przez Zamawiającego w postępowaniu.

Za takie bezzasadne i bezpodstawne działanie Zamawiającego należy właśnie uznać czynność polegającą na dokonaniu poprawienia oferty Przystępującego. Zamawiający dokonał czynności poprawienia omyłki rachunkowej, uznając za

prawidłową stawkę netto w wysokości 1.000,92 złote w pozycji: cena netto za 1 Mg niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych (wiersz nr 1 kolumna 4). Jak wskazał Zamawiający, poprawienia dokonał „wychodząc od jednostkowej stawki netto za 1 Mg”. Dokonał poprawienia w pięciu kolejnych pozycjach tabeli.

Co istotne, Zamawiający z niezrozumiałych powodów w ogóle nie wziął pod uwagę istotnej okoliczności, na którą zwrócił uwagę Odwołujący, a która ma kolosalne znaczenie w niniejszej sprawie. W kalkulacji Przystępującego nie należało dokonywać poprawek aż w pięciu pozycjach, ponieważ w kalkulacji został popełniony błąd wyłącznie w jednej pozycji, tj. w pozycji: cena netto za 1 Mg niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych (wiersz nr 1 kolumna 4). Przystępujący wpisał stawkę netto w wysokości 1.000,92 złote, podczas gdy prawidłowa stawka to 1.092,50 zł. Na okoliczność, że jest to stawka prawidłowa i taką właśnie chciał i powinien wpisać do kalkulacji Przystępujący, wskazuje kilka okoliczności. Po pierwsze, wynika ona z dokonania działań matematycznych w ramach przedstawionej kalkulacji – jeśli dokonamy podzielenia wartości pozycji „suma netto” niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych przez wartość pozycji „szacunkowa ilość odpadów”, uzyskamy wartość 1.092,50 zł (3.081.198,51 : 2.820,319 = 1.092,50). Wykonawca dokonując czynności przepisywania do formularza ofertowego najprawdopodobniej pomylił się, wpisując zamiast stawki 1.092,50zł stawkę 1.000,92 zł. W przypadku przepisywania wartości podobnie brzmiących, mogło dojść do omyłki.

Po drugie, nie jest sporna okoliczność, że dla wszystkich odpadów prawidłowo przyjęta stawka podatku VAT wynosi 8%. Taką stawkę podatku VAT przyjął również dla każdego rodzaju odpadów Przystępujący. Zastosowanie 8% stawki podatku VAT wynika także przy przyjęciu w kalkulacji, że cena netto za 1 Mg w pozycji niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne wynosi 1.092,50 zł. Wątpliwe jest, aby Przystępujący chciał przyjąć nieistniejącą stawkę podatku VAT w wysokości 15,17%. Tym bardziej wątpliwe, że całość kalkulacji będzie poprawna i będzie uwzględniała prawidłową stawkę podatku VAT, gdy dokonane zostanie poprawienie tylko jednej pozycji w tej kalkulacji. Wskazuje to także na okoliczność, że to właśnie taką stawkę, tj. 1.092,50 zł przyjął w pozycji netto za 1 Mg niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych Przystępujący.

Powyższe okoliczności wskazują, że Przystępujący pomylił się dokonując wypełnienia formularza cenowego oferty. Na omyłkę wskazuje przede wszystkim poprawność całości kalkulacji i niezgodność występująca wyłącznie w jednej pozycji. Z całości kalkulacji można z łatwością wywieść, gdzie została popełniona omyłka i w jaki sposób powinna zostać poprawiona.

Trafnie zauważył Odwołujący, że jest to omyłka pisarska przy przepisywaniu wartości do formularza, w szczególności biorąc pod uwagę brzmienie obu liczb (tysiąc dziewięćdziesiąt dwa), które przy zapisywaniu mogło zostać przedstawione jako 1092 albo 1000,92.

W konsekwencji należy stwierdzić, że nie sposób uznać, że Przystępujący podał właściwą cenę w kolumnie nr 4, a popełnił błędy w pięciu innych kolumnach, jeśli wyliczenia z kolumn 5 - 8 są matematycznie poprawne, a przede wszystkim jest właściwie wyliczona stawka podatku VAT. Nie sposób przyjąć, że Wykonawca ten popełnił błąd w 5 pozycjach kalkulacji, podczas gdy całość kalkulacji jest poprawna, gdy dokonamy poprawienia tylko jednej z pozycji. Tym bardziej, że znalezienie omyłki nie jest trudne, bowiem działania matematyczne (obliczenia) wskazują błędną pozycję, jak również wskazują sposób poprawienia omyłki. Zamawiający zatem dokonując poprawienia oferty Przystępującego, mógł dokonać jej wyłącznie poprzez poprawienie tylko jednej z pozycji formularza (w zakresie ceny netto za 1 Mg odpadów), ponieważ tylko taka poprawka jest logicznie i matematycznie uzasadniona. Tylko taka poprawka nie powoduje także efektu wariantowości i powstania zupełnie nowej oferty.

Izba podzieliła stanowisko, że sposób poprawienia ceny oferty dokonany przez Zamawiającego aż w pięciu pozycjach formularza zamiast w jednej, nie znajduje żadnego uzasadnienia i przeczy samej istocie rozumienia możliwości dokonania poprawki jako oczywistej omyłki, w konsekwencji naruszając podstawowe zasady oceny ofert, zasady uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z powyższym należało uznać, że Zamawiający naruszył artykuł 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie poprawienia omyłki rachunkowej w pięciu pozycjach formularza ofertowego w ofercie Przystępującego i doprowadzeniu do powstania nowej oferty, podczas gdy poprawieniu podlegała tylko jedna z pozycji formularza ofertowego, a jej poprawienie nie powodowałoby żadnej zmiany wartości całości tej oferty oraz jej pozycji w rankingu. Tym samym Zamawiający powinien dokonać czynności unieważnienia wyboru oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PARTNER D. A. oraz Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., następnie powtórzyć czynność badania i oceny ofert, w tym dokonać unieważnienia czynności polegającej na poprawieniu omyłki rachunkowej w formularzu oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PARTNER D. A. oraz Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. i dokonać przywrócenia pierwotnego brzmienia formularza oferty tego Wykonawcy (załącznik nr 2), a następnie dokonać poprawienia omyłki pisarskiej w ofercie tego Wykonawcy.

Zgodnie z artykułem 89 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie. Zamawiający dokonując prawidłowych czynności w postępowaniu, powinien dokonać poprawienia omyłki pisarskiej w ofercie Przystępującego (w pozycji nr 1, kolumnie nr 4) w ten sposób, że wartość ceny netto za 1 Mg odpadów niesegregowanych (zmieszanych) komunalnych wynosi 1.092,50 zł. Taka bowiem omyłka jest oczywista, łatwa do ustalenia i wynika jednoznacznie z całości działań matematycznych w kalkulacji - w szczególności z podzielenia wartości pozycji „suma netto” niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych przez wartość pozycji: „szacunkowa ilość odpadów” uzyskamy wartość 1.092,50 zł (3.081.198,51 : 2.820,319 = 1.092,50), a ponadto poprawność całości kalkulacji oraz podobne brzmienie liczby, która została wpisana oraz tej, która powinna zostać wpisana, wskazuje na dokonanie omyłki przez Przystępującego przy wypełnianiu formularza cenowego oferty.

W konsekwencji Izba uznała za uzasadniony zarzut, że Zamawiający dokonując poprawienia omyłki rachunkowej w pięciu pozycjach formularza, zamiast dokonania poprawienia jednej pozycji, której wartość wynikała z całości kalkulacji, naruszył artykuł 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający powinien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej i udzielić zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:

.....