

WYROK
z dnia 5 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Barbara Bettman

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **PHUP ROLMASZ Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 1, 76-200 Słupsk** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Szczecińska 112, 76-200 Słupsk** protestu z dnia 21 sierpnia 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje unieważnienie wezwania do złożenia ofert dodatkowych oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Szczecińska 112, 76-200 Słupsk i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **PHUP ROLMASZ Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 1, 76-200 Słupsk**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Szczecińska 112, 76-200 Słupsk** na rzecz **PHUP ROLMASZ Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 1, 76-200 Słupsk** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **PHUP ROLMASZ Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 1, 76-200 Słupsk**.

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na zakup wraz z dostawą oleju napędowego ON -Nr sprawy 14/T/2009, zostało wszczęte przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. ul. Szczecińska 112; 76 - 200 Słupsk zwane dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 116-167736 w dniu 19.06.2009 r.

W dniu 18.08.2009 r. (pismo z dnia 17.08.2009 r.) Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego wezwanie do złożenia ofert dodatkowych na podstawie art. 91 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej: „Pzp”. Wskazał, że w niniejszym postępowaniu, złożone zostały dwie oferty proponujące takie same ceny na realizację zamówienia, co uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. Ponieważ jedynym kryterium oceny oferty w tym postępowaniu jest cena, Zamawiający zobowiązany jest wezwać obydwu Wykonawców do złożenia oferty dodatkowej. Ofertę dodatkową można złożyć z wykorzystaniem formularza

załączonego do niniejszego pisma. Jednocześnie poinformował, że zgodnie z art. 91 ust. 6 Pzp cena oferty dodatkowej nie może być wyższa od ceny dotychczas zaoferowanej. Ofertę, podpisaną przez osoby upoważnione do reprezentowania Wykonawcy, należało złożyć w Sekretariacie Zamawiającego w Słupsku ul. Szczecińska 112, Budynek A, pokój nr 20

2

w terminie do dnia 25.08.2009 r. do godz. 10.00. Otwarcie ofert miało odbyć się w dniu 25.08.2009 r. o godz. 10.15 w sali konferencyjnej Zamawiającego w Słupsku ul. Szczecińska 112, Budynek A, pokój nr 07.

W dniu 21.08.2009 r. (wpływ bezpośredni do Zamawiającego) na podstawie przepisu art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 i ust. 2 Pzp firma: Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowo - Produkcyjne „Rolmasz” Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 1, 76-200 Słupsk zwane dalej:

„Protestującym” albo „Odwołującym” złożyła protest na następujące czynności:

1. ocenę Zamawiającego, iż cena przedstawiona w ofercie przez ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o., ul. Zglenickiego 44, 09-411 Płock; Biuro Terenowe Morena, ul. Budowlanych 27, 80-298 Gdańsk zwany dalej: „ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” w trakcie otwarcia ofert w dniu 29.07.2009 r., jest taką samą ceną na realizację zamówienia, jak cena Protestującego; 2. wezwanie do złożenia ofert dodatkowych.

W związku z powyższym wnosił o:

1. unieważnienie czynności wezwania do złożenia ofert dodatkowych;
2. dokonanie przez Zamawiającego wyboru złożonej przez Protestującego oferty jako najkorzystniejszej i zawarcie umowy na zakup wraz z dostawą oleju napędowego;
3. odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp oferty złożonej przez ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców oraz stosowanie nieuczciwej konkurencji;
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 91 ust. 1 Pzp przez zmianę ceny Wykonawcy ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o., poprzez błędne przyjęcie, iż podana w ofercie i przedstawiona w trakcie otwarcia ofert cena powstała w wyniku omyłki nie powodującej istotnych zmian w treści oferty i nie została odrzucona.

Protestujący wskazał, że w pkt XII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” Zamawiający określił, iż: „... podać cenę brutto oferty obliczoną zgodnie z wzorem: $C_1 + Marża - Rabat$ gdzie: C_1 - hurtowa cena brutto za 1 m³ oleju napędowego stosowana przez PKN ORLEN S.A. obowiązująca w dniu ogłoszenia o zamówieniu”. Dniem ogłoszenia zamówienia był dzień 19.06.2009 r. i na ten dzień wszyscy uczestniczący w postępowaniu o zamówienie publiczne musieli skalkulować ceny.

Ceny brutto przedstawione przez oferentów w dniu otwarcia ofert, czyli 29.07.2009 r. to: 1. „Rolmasz” - 3672,20 zł; 2. „Ki” - 3910,10 zł; 3. „Orlen” - 3677,08 zł.

Zmiana przez Zamawiającego wysokości oferty firmy ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o., w trybie pkt VII ppkt 7 SIWZ, który określa możliwości poprawiania w ofercie oczywistych omyłek, w sposób oczywisty narusza art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Ww. przepis

3

określa, iż: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera błędy w obliczeniu ceny”.

Podanie przez ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o. w ofercie ceny na dzień 17.06.2009 r. mieści się w kategorii „błędów w obliczeniu ceny” i winna zostać odrzucona, a nie sanowana przez Zamawiającego w ramach poprawiania pomyłek pisarskich.

W wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 16.02.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-406/06, znaleźć można, iż: „Omyłką rachunkową w rozumieniu przepisu art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy pzp jest taki błąd popełniony przez wykonawcę przy obliczaniu ceny, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego”. Identyczne poglądy reprezentuje także doktryna: (zob. W. Dzierżanowski w: Prawo Zamówień Publicznych Komentarz, Zakamycze 2005, str. 296). Każdy inny błąd w obliczaniu ceny jest bezwzględnie przyczyną odrzucenia oferty. Błąd w rozumieniu omawianego przepisu jest raczej błędem, co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego niż wadliwie, od strony technicznej, wykonaną czynnością obliczenia ceny. (tak W. Dzierżanowski w: Prawo Zamówień Publicznych

Komentarz, Zakamycze 2005, str. 297). Odrzuceniem oferty skutkuje popełnienie przez wykonawcę omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny, jeśli omyłka ta nie może być poprawiona według jednej z metod podanych w przepisie art. 88 Pzp. Regulacja ta wymaga od Zamawiającego uprzedniego wyłączenia omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny, możliwej do poprawienia na podstawie tego przepisu.

Oferta Protestującego była ofertą z najniższą ceną brutto i tym samym ofertą najkorzystniejszą. Wzywając do złożenia nowych ofert dodatkowych, Zamawiający narusza przez to przepis art. 91 ust. 1 Pzp zgodnie, z którym Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Stosownie do tego przepisu dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty, Zamawiający nie może kierować się innymi kryteriami oceny ofert niż określone w SIWZ. Również zapisy Komentarza pod redakcją T. Czajkowskiego (T. Czajkowski w: Prawo Zamówień Publicznych Komentarz, Warszawa UZP 2004) na stronach 216 – 222 potwierdzają powyższe. W zapisach tych wyrażnie, bowiem czytamy, iż „w przypadku cen ryczałtowych uznaje się za poprawną tę cenę bez względu na sposób jej obliczenia”. Ponadto pogląd ten, został potwierdzony w licznych orzeczeniach Zespołu Arbitrów (UZP/ZO/0-1058/04 - Gazeta Prawna, UZP/ZO/0-1142/05, UZP/ZO/0-2046/05, UZP/ ZO/0-2417/05, UZP/ZO/0-2746/05, UZP/ZO-3500/05, UZP/ZO/0-4044/05, czy nawet w jednym z ostatnich wyroków z dnia 27.01.2006 r. UZP/ZO/0-189/06).

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 Pzp, Protestujący stwierdził, że przepis ten formułuje dwie podstawowe zasady udzielania zamówienia publicznego, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców.

Pierwsza zasada nie została przez Zamawiającego zachowana. Poprzez błędy

4

popełnione przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający poprawiając ofertę jednego z uczestników postępowania zmierza do tego, że zasada ta w odniesieniu do wszystkich wykonawców, w tym również i do Protestującego nie była przestrzegana.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza z kolei dla Zamawiającego obowiązek traktowania na równych prawach wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie. W tym też zakresie zakazane jest pomaganie uczestnikom postępowania o zamówienie publiczne przez „poprawianie błędów”. Oznacza także konieczność stawiania wszystkim potencjalnym uczestnikom postępowania takich samych warunków udziału w postępowaniu, ocenę spełnienia stawianych warunków według tych samych wcześniej podanych do wiadomości kryteriów - *cena obowiązująca w dniu ogłoszenia o zamówieniu* (tak Emil Norek Prawo zamówień publicznych. Komentarz, str. 37, LexisNexis 2004).

Protestujący wskazał na interes prawny we wniesieniu niniejszego protestu, ponieważ - gdyby Zamawiający nie naruszył wyżej wskazanych przepisów ustawy, jego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 31.08.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie w całości. W toku postępowania wszczętego w wyniku wniesienia protestu Zamawiający dokonał analizy argumentów Protestującego, który zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, twierdząc, że Zamawiający nierówno traktuje wykonawców i stosuje nieuczciwą konkurencję. Zarzuty Protestującego dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 91 ust. 1 Pzp nie zasługują na uwzględnienie. Zamawiający nie zmienił ceny Wykonawcy ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o., tylko wezwał, na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień dot. treści złożonej oferty i na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp poprawił oczywistą omyłkę rachunkową uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Na dokonanie ww. poprawki Wykonawca ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o. wyraził zgodę.

W dniu 04.08.2009 r. ORLEN PetroCentrum został wezwany przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Wyjaśnienia zostały złożone pismem w dniu 05.08.2009 r. i na tej podstawie Zamawiający zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp dokonał poprawki w ofercie. Zamawiający jako cenę odniesienia do celów porównawczych przy wyborze oferty narzucił cenę producenta PKN ORLEN SA obowiązującą w dniu ogłoszenia o zamówieniu tj. 19.06.2009 r. (3010 zł/m³ netto) Wykonawca ORLEN PetroCentrum w ofercie przetargowej zaoferował marżę w wysokości 30 zł/m³ netto i rabat w wysokości 30 zł/m³ netto. Cena netto oferty ORLEN PetroCentrum

w wysokości 3014 zł/m³ była oczywistą omyłką i podlegała poprawie przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp. Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę ORLEN PetroCentrum, zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp, dokonał poprawy omyłki

5

polegającej na niezgodności ceny netto oferty z wynikiem uzyskanym na podstawie dokonania obliczenia w oparciu o niezmiennie części składowe oferty. W tym miejscu zgodzić należy się z wywodem ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o. zawartym w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego, iż specyfika rynku paliw płynnych polega na codziennej zmianie ceny paliw producentów PKN ORLEN SA i Grupy Lotos SA. w związku z czym najważniejszą cechą przy wyborze oferty najkorzystniejszej jest określenie marży i rabatu w odniesieniu do cen wyznaczonego producenta, ponieważ cena oferty nie jest ceną stałą (ryczałtową) tylko będzie się wahać w zależności od zmian cen paliw u producenta w trakcie realizacji umowy przetargowej. Odrzuceniem oferty skutkuje popełnienie przez wykonawcę omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny, jeśli omyłka ta nie może być poprawiona albo gdy wykonawca, który złożył ofertę zawierającą omyłkę, nie zgodził się na jej poprawienie.

Przywołał aktualne orzecznictwo: Wyrok KIO z dnia 23.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 62/09: „(...) Wskazać należy, że pojęcie „oczywistej omyłki rachunkowej” jest na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych pojęciem nowym wprowadzonym nowelizacją z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 171 poz. 1058), która weszła w życie od 24 października 2008 r., przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu sprzed nowelizacji posługiwał się pojęciem „omyłki rachunkowej”. W ocenie Izby dla zdefiniowania pojęcia „oczywistości” omyłki rachunkowej znajdzie odpowiednie zastosowanie stanowisko orzecznictwa i doktryny w zakresie oczywistej omyłki pisarskiej. Omyłka może być zatem uznana za oczywistą, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka, bezsporna, nie budząca wątpliwości”.

Wyrok KIO z dnia 23.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP16/09: „(...) w ofercie Odwołującego występuje rozbieżność co do zadeklarowanego przez Odwołującego terminu realizacji zamówienia. Nie jest to jednak oczywista omyłka pisarska, o której stanowi art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp. Rozbieżność w ofercie Odwołującego, polegająca na podaniu, oprócz terminu zgodnego z żądaniem Zamawiającego, innego terminu stanowi, w okolicznościach niniejszej sprawy, omyłkę o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. „inną omyłkę” polegającą na niezgodności oferty ze SIWZ, nie powodującą istotnych zmian w treści oferty (...) przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp obliuguje Zamawiającego do poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego omyłek w treści oferty, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności: stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty ze SIWZ ma charakter omyłki i poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty; Odwołujący wykazał w treści odwołania i na rozprawie, iż złożone przez niego w treści oferty oświadczenia wskazują na wypełnienie wszystkich wymogów i warunków określonych w SIWZ dotyczących terminu wykonania zamówienia. Wynika to z całości treści oferty, w tym z oświadczeń złożonych w formularzu ofertowym”.

6

W przedmiotowej sprawie zaistniała omyłka, która na postawie analizy całości oferty była możliwa do poprawienia bez zmiany treści oferty.

Dodać także należy, iż rozstrzygnięcie niniejszego protestu nie powoduje wyboru którejkolwiek z ofert zarówno Protestującego, jak również przystępującego do protestu, z uwagi na to iż oferty są równoważne. Tym samym nie wystąpiło naruszenie interesu Protestującego na tym etapie postępowania.

W dniu 09.09.2009 r. (data nadania u publicznego operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i wnioski z protestu, a ponadto wnosimy o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, w szczególności uiszczonego wpisu oraz innych kosztów przedstawionych podczas rozprawy. W dniu 4.08.2009 r. Zamawiający wezwał oferenta ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o., do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Oferent w dniu 5.08.2009 r. złożył wyjaśnienia, a Zamawiający dokonał poprawki w ofercie,

jak podaje na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Po dokonaniu poprawki oferty ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o. oferta ta była równa ofercie Odwołującego. Zamawiający w dniu 17.08.2009 r. wezwał wykonawców w trybie art. 91 ust. 5 Pzp do złożenia ofert dodatkowych. W uzasadnieniu zgłoszenia przystąpienia do protestu po stronie Zamawiającego, wykonawca ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o. stwierdza, iż: „*Dzięki dokonaniu poprawy oczywistej omyłki rachunkowej przez Zamawiającego oferta Wykonawcy ORLEN PetroCentrum Sp. z o. jest równa ofercie Protestującego...*”. W uzasadnieniu swego rozstrzygnięcia protestu Zamawiający także określa podanie innej ceny jako omyłkę rachunkową (art. 87 ust. 2 pkt 2). Podtrzymując w całości zarzuty podniesione w proteście, ponadto zauważył, iż przytoczone przez Zamawiającego orzeczenia odnoszą się do innych stanów faktycznych (KIO/UZP 62/09) i podstaw prawnych (KIO/UZP 16/09), niż te, na które powołał się Zamawiający (87 ust. 2 pkt 3, a nie pkt 2 jak u Zamawiającego).

Podanie innej ceny hurtowej niż wymaganej przez SIWZ nie mieści się kategorii oczywistych omyłek rachunkowych. Należy pamiętać, że ta podana cena jest składnikiem ceny głównej. Wynikającej z prostego działania matematycznego określonego przez pkt XII. SIWZ, w którym Zamawiający wskazał, że należy „...podać cenę brutto oferty obliczoną zgodnie z wzorem: $C_1 + Marża - Rabat$ gdzie: C_1 - hurtowa cena brutto za 1 m³ oleju napędowego stosowana przez PKN ORLEN obowiązująca w dniu ogłoszenia o zamówieniu”.

W przedmiotowej sprawie nie doszło do jakiegokolwiek pomyłki tylko do podania innej wyższej ceny. Błąd w obliczeniu ceny przez ORLEN PetroCentrum Sp. z o. dotyczył co prawda takiego elementu oferty, którego treść była z góry narzucona przez Zamawiającego (C_1), to jednak wytworzył on treść oświadczenia (tj. cenę oferty 3677,08 zł), a jego zmiana w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp doprowadziła do wytworzenia nowej treści oświadczenia, co jest niedopuszczalne. Tak też KIO/UZP 162/08.

7

Podobnie Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28.05.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 462/08: „*Jeżeli oferent dokonał obliczenia ceny w sposób sprzeczny ze sposobem wskazanym w SIWZ, należy przyjąć, iż takie niezastosowanie się do zapisów SIWZ stanowi zaniechanie, którego nie sposób uznać za uchybienie formalne w przygotowaniu oferty*”.

W przywołanym poniżej orzeczeniu KIO z dnia 23.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 16/09, Izba słusznie stwierdziła, iż poprawienie oferty jest możliwe przy niezgodności treści oferty ze SIWZ, ale tylko wtedy o ile nie spowoduje to istotnych zmian ceny oferty. Zmiana jednego z elementów składających się na cenę (np. zmiana stawki VAT), będzie zmianą istotną zmieniającą ją w całości. Podanie innej kwoty niż wymagana przez SIWZ stoi na przeszkodzie obliczeniu prawidłowej ceny ofertowej i tym samym nie może być poprawiana przez Zamawiającego. Należy ponadto zauważyć, iż w innym orzeczeniu KIO z dnia 7.11.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1163/08), zwróciło uwagę: „*iz zastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych należy uznać za zasadne wobec kosztorysów ofertowych składających się z setek pozycji, gdzie dopuszczenie się nieistotnej omyłki nie powinno dyskwalifikować oferty. Jak wskazano w uzasadnieniu do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw „Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą się pojawić w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego.*” Jednoznacznie z przytoczonego fragmentu wynika, iż inne omyłki pisarskie mogą być poprawiane, o ile nie dotyczą istotnych warunków oferty i znajdują się w kosztorysach ofertowych składających się z setek pozycji, a nie w sytuacji gdzie należy podać sumę powstałą z trzech liczb.

Przy czym podkreślił, że Zamawiający dokonał poprawki oczywistej omyłki rachunkowej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, a nie stwierdził niezgodności treści oferty z SIWZ.

W artykule autorstwa Agnieszki Kurowskiej, „*Odrzucenie oferty w bieżącej praktyce udzielania zamówień publicznych*”, wskazano: „*W kontekście najczęściej stosowanych przesłanek odrzucenia oferty, tj. sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz złożenia oferty zawierającej omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88, lub błędy w obliczeniu ceny, zwrócić należy uwagę na ostatnią nowelizację przepisów art. 87, art. 88 oraz 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy. Otóż przepis art. 88 został uchylony. Nie ma już zamkniętego katalogu omyłek rachunkowych możliwych do poprawienia przez zamawiającego. Nadto zmodyfikowane*

zostały wskazane w art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 przesłanki odrzucenia oferty, tj. niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji oraz błąd w cenie oferty. Zgodnie z aktualnym brzmieniem tych przepisów zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz ofertę zawierającą błędy w obliczeniu ceny.

8

Nie każda zatem niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji skutkować będzie odrzuceniem oferty. Potwierdza to treść art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy po nowelizacji - zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Ustawa nie definiuje pojęcia "omyłki rachunkowej". W piśmiennictwie omyłka rachunkowa definiowana jest jako błędny wynik działań rachunkowych (arytmetycznych), skutkujący niewłaściwym obliczeniem ceny. Natomiast błąd w obliczeniu ceny jest pojęciem szerszym od pojęcia omyłki rachunkowej. Obejmuje on również przypadki, gdy mimo prawidłowych działań rachunkowych, sposób obliczenia ceny nie odpowiada treści specyfikacji lub przepisom prawa. W odniesieniu do powyższego wydaje się, że zmiana przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy służyć będzie wyeliminowaniu pewnej uznaniowości przy kwalifikowaniu uchybienia jako omyłki rachunkowej lub błędu w obliczeniu ceny, co nierzadko miało miejsce do tej pory".

Wskazał, że bezpodstawnie wykonawca powołuje się na „omyłkę rachunkową”. Zdaniem Odwołującego jest to błąd w obliczeniu ceny, gdzie jeden z elementów ceny jest niezgodny ze SIWZ, wpływający istotnie na treść oświadczenia -oferty (art. 87 ust. 1 pkt 6 oraz pkt 2 Pzp) i nie podlega poprawieniu, a oferta winna być bezwzględnie odrzucona. Przy innym rozumieniu „oczywistej omyłki rachunkowej”, jak chciałby Zamawiający, z dużą dozą prawdopodobieństwa należy uznać, że teraz każdy uczestnik (z tzw. ostrożności procesowej) będzie mógł podawać inne dane niż te wynikające z treści specyfikacji. Daje to możliwość każdemu wykonawcy następnie kwestionowania postępowania, lub co najmniej zorientowania się w ofertach konkurentów przed dalszym etapem postępowania. Zamawiającemu zaś daje możliwość dowolnego wybierania wykonawcy. Co będzie stało na przeszkodzie, aby w ofercie gdzie ma być przedstawiona tylko cena, Zamawiający po otwarciu ofert nie zwrócił się z pytaniem do „konkretnego” wykonawcy czy przypadkiem kalkulując cenę nie „popętnił błędu”? A później „po poprawce” „wybrać nową poprawioną ofertę”? Kopie treści odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (wpływ bezpośredni).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, wezwaniem z dnia 04.08.2009 r. przez Zamawiającego Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty, odpowiedzią Odwołującego z dnia 05.08.2009 r., wezwaniem z dnia 17.08.2009 r. wykonawców do złożenia ofert dodatkowych, po zapoznaniu się z protestem, jego rozstrzygnięciem, odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

9

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta była najkorzystniejsza cenowo, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 91 ust. 1 Pzp przez zmianę ceny Wykonawcy ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o. i poprzez błędne przyjęcie, iż podana w ofercie tego wykonawcy i przedstawiona w trakcie otwarcia ofert cena powstała w wyniku omyłki i z tego tytułu nie zostanie odrzucona, Izba uznała za zasadne.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych

zarzutów:

W ramach Rozdz. VII: „Informacja o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów”, ppkt 7 SIWZ: „Zamawiający poprawia w ofercie:

- oczywiste omyłki pisarskie,
- oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty,
- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona”.

Zamawiający w Rozdz. XII SIWZ: „Opis sposobu obliczenia ceny”: wskazał, że: „W ofercie należy podać wysokość przyznanego Zamawiającemu przez Wykonawcę marży / rabatu za 1 m³ oleju napędowego w stosunku do hurtowej ceny za 1 m³ oleju napędowego stosowanej przez producenta PKN ORLEN. Wysokość marży / rabatu należy określić w wysokości netto (bez podatku VAT 22 %) i brutto (z podatkiem VAT 22 %) oraz podać cenę brutto oferty obliczoną zgodnie ze wzorem: $Cena\ oferty = C + Marża - Rabat$, gdzie: C – hurtowa cena brutto za 1 m³ oleju napędowego stosowana przez PKN ORLEN i obowiązująca w dniu ogłoszenia o zamówieniu.

Za marżę należy rozumieć określoną kwotę pieniężną (wartość niezmienna przez okres trwania umowy), która zostanie dodana do hurtowej ceny oleju napędowego ogłoszonej na stronie internetowej PKN ORLEN.

Za rabat należy rozumieć określoną kwotę pieniężną (wartość niezmienna przez

10

okres trwania umowy), która zostanie odjęta od hurtowej ceny oleju napędowego ogłoszonej na stronie internetowej PKN ORLEN – www.orlen.pl.

Ceny hurtowe 1 m³ oleju napędowego pobrane ze strony internetowej PKN ORLEN na ten sam dzień służą dla celów porównawczych – aby uzyskać jednakowe warunki przy ocenie ofert. Po rozstrzygnięciu przetargu podczas zakupu oleju napędowego u wybranego w przetargu Wykonawcy, będzie stosowna cena hurtowa wg strony internetowej PKN ORLEN na dzień zakupu oleju napędowego i obliczenie ceny wg podanego wyżej wzoru.

Cena podana w ofercie powinna ponadto zawierać koszty: transportu krajowego i zagranicznego, ubezpieczenia towaru w kraju i zagranicą, należności celnych i akcyzowych, koszty dostawy paliwa do zamawiającego.

Przy obliczaniu cen należy stosować zaokrąglenia liczb do dwóch miejsc po przecinku na każdym etapie przeliczania. Jeżeli cena jest wynikiem dokonanych wyliczeń to powinna być zaokrąglona do dwóch miejsc po przecinku zgodnie z zasadą: jeżeli trzecia cyfra po przecinku jest równa 5 lub więcej to zaokrąglenie „w górę”, jeżeli trzecia cyfra po przecinku jest mniejsza niż 5 to cena będzie zaokrąglona „w dół”.

Ponadto, Zamawiający określił w rozdz. XIII SIWZ: „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert”, stwierdzając, że przez cenę „należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, z 2002 r. Nr 144, poz. 1204 oraz z 2003 r. Nr 137, poz. 1302 ze zm.)”.

Ceny brutto przedstawione w dniu otwarcia ofert, czyli 29.07.2009 r. to: 1. „Rolmasz” - 3672,20 zł; 2. „Ki” - 3910,10 zł; 3. „Orlen” - 3677,08 zł.

Zamawiający w dniu 04.08.2009 r. faxem wezwał ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o. w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty, wskazując m. in.: „Cena netto oferty 3.014 zł. Wskazana (..) cena nie jest zgodna z podanymi rabatami w treści oferty. Zgodnie z wyliczeniem Zamawiającego rachunkowo winna wynosić 3.010 zł, (wyliczenia ceny Oferent winien dokonać na podstawie cen PKN Orlen obowiązującej na dzień ogłoszenia o zamówieniu)”. Wyjaśnienia należało złożyć na adres Zamawiającego – forma zgodnie z treścią specyfikacji do dnia 07.08.2009 r. godz. 14:00.

W odpowiedzi w dniu 05.08.2009 r. faxem ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o. wyjaśnił, że cena netto oferty powinna wynosić 3.010 zł zgodnie z następującym wyliczeniem: 1) cena netto PKN ORLEN na dzień ogłoszenia o zamówieniu: 3.010,00 zł; 2) marża za 1 m³ netto: 30,00 zł., 3) rabat za 1 m³ netto: 30,00 zł.

Zamawiający dokonał poprawki w ofercie, jak podaje na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Po dokonaniu poprawki oferty ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o. oferta ta była równa

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że w przedmiotowym stanie faktycznym nie zaistniały przesłanki do poprawienia oferty ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. W ocenie Izby mimo określenia w Rozdz. XII SIWZ oraz formularzu ofertowym wzoru określającego, w jaki sposób ma zostać obliczona cena oferty brutto przez Wykonawców, nie można uznać, że miała miejsce omyłka rachunkowa. W przedmiotowym stanie faktycznym zaoferowana cena przez ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o. nie była dotknięta błędem arytmetycznym, czy też *stricte* rachunkowym; mamy w tym zakresie do czynienia z błędnym założeniem. Jeżeli więc ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o. dokonał błędnego założenia, tj. uwzględnił w obliczeniu ceny ofertowej hurtową cenę 1 m³ oleju napędowego z dnia 17.06.2009 r., tj. z dnia wysłania (przekazania) ogłoszenia o zamówieniu, a nie z dnia 19.06.2009 r., tj. z dnia opublikowania ogłoszenia o zamówieniu (wymóg SIWZ), to niniejsze jest zarówno sprzecznością z SIWZ, jak i błędem w obliczeniu ceny, który nie ma charakteru oczywistej omyłki rachunkowej. Z uwagi na błędne założenie, tzn. przyjęcie innego miernika niż wynikało to w sposób niebudzący jakichkolwiek wątpliwości z Rozdz. XII SIWZ: „*hurtowa cena brutto za 1 m³ oleju napędowego stosowana przez PKN ORLEN obowiązująca w dniu ogłoszenia o zamówieniu*” należy uznać, że treść oferty ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o. jest niezgodna z treścią SIWZ. Błąd tkwi w błędnym oświadczeniu woli przyjętym w założeniu przy sposobie ustalania ceny ofertowej. W ocenie Izby dla oceny przedmiotowej sytuacji nie mają znaczenia okoliczności dlaczego ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o. przyjął cenę hurtową z innego dnia niż wskazany przez Zamawiającego.

Po drugie, Izba wskazuje, że brak jest także podstaw do ewentualnego zastosowania trybu wynikającego z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wskazana niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma taki charakter, że ewentualne sanowanie złożonej oferty spowodowałaby istotną zmianę jej treści. Należy podkreślić, że uczestnicy przedmiotowego postępowania mają charakter profesjonalny i wielokrotnie biorą udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Zapisy przyjęte przez Zamawiającego i odniesienie się do ceny hurtowej brutto za 1 m³ oleju napędowego stosowanej przez PKN ORLEN obowiązującej w dniu ogłoszenia o zamówieniu jest powszechną praktyką w postępowaniach przetargowych, których przedmiotem jest dostawa oleju napędowego. Powyższe okoliczności oraz fakt, że ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o. błędnie podał cenę hurtową brutto za 1 m³ oleju napędowego stosowaną przez PKN ORLEN, potwierdza zasadność stanowiska Izby. Dodatkowo Izba wskazuje, że jak wynika z błędnego działania Zamawiającego, ewentualne poprawienie złożonej oferty w sposób wymierny wpłynie na jej status w niniejszym postępowaniu. W wyniku poprawienia przestanie być ona drugą pod względem cenowym ofertą, ale wraz z ofertą Odwołującego osiągnie cenę najkorzystniejszą premiowaną szansą na złożenie

oferty dodatkowej. W rezultacie kwestia „*istotności*” skutków ewentualnego poprawienia oferty ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o. jest w ocenie Izby niepodważalna.

Reasumując Izba uznała, że zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 91 ust. 1 Pzp należy uznać za zasadne.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, z uwagi na potwierdzenie się zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 91 ust. 1 Pzp, Izba uznała niniejszy zarzut za zasadny.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

(Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Słupsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....