

WYROK
z dnia 3 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie * w dniu /w dniach * 2 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „HYDROTECH” S.A z siedzibą w Rybniku, ul. Poligonowa 21 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Jastrzębską Spółkę Węglową S.A z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, ul. Armii Krajowej 56 protestu /protestów * z dnia 27 października 2008 r.

przy udziale Fabryki Zmechanizowanych Obudów Ścianowych FAZOS S.A z siedzibą w Tarnowskich Górach, ul. Zagórska 167 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1 . oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża „HYDROTECH” S.A z siedzibą w Rybniku, ul. Poligonowa 21

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczanego przez „HYDROTECH” S.A z siedzibą w Rybniku, ul. Poligonowa 21

- 2) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez **xxx** na rzecz **xxx**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa przez pełnomocnika
- 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 **10 936 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „HYDROTECH” S.A z siedzibą w Rybniku, ul. Poligonowa 21

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę 166 fabrycznie nowych kompletnych sekcji obudowy zmechanizowanej wraz z niezbędnym wyposażeniem dla JSW S.A. KWK „Budryk” zostało wszczęte przez Zamawiającego Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, ul. Armii Krajowej 56 ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2008/S 165-222579 w dniu 27 sierpnia 2008r.

W dniu 20 października 2008r. Zamawiający poinformował wykonawców o poprawieniu omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny w ofercie Fabryki Zmechanizowanych Obudów Ścianowych FAZOS S.A. z siedzibą w Tarnowskich Górach, ul. Zagórska 167 na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (DZ. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655 ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058 – dalej ustawą) zgodnie z art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. b ustawy.

Na tę czynność w dniu 27 października 2008r. wniósł protest „HYDROTECH” S.A. z siedzibą

w Rybniku, ul. Poligonowa 21 – zwany dalej Odwołującym, i zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 2 ustawy i art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. b poprzez poprawienie omyłek rachunkowych w ofercie FAZOS oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty FAZOS. Odwołujący żądał odrzucenia oferty FAZOS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Wskazał, że ma interes prawny we wniesieniu protestu, gdyż przed poprawieniem omyłki w ofercie FAZOS oferta Odwołującego była ofertą z najniższą ceną i powinna być wybrana.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, w zmianę treści pkt 3 oferty FAZOS przez Zamawiającego nie jest poprawieniem omyłki rachunkowej, gdyż w ofercie nie występuje omyłka w przeprowadzeniu rachunku na liczbach, ani omyłki pisarskiej, gdyż w ofercie nie występuje widocznie mylna pisownia wyrazu, ewidentny błąd gramatyczny, niezamierzone opuszczenie wyrazu lub jego części. Według Odwołującego do oferty FAZOS nie można zastosować art. 88 ustawy, gdyż takie działanie prowadziłoby do zmiany treści oferty. W dniu Zamawiający zawiadomił wykonawców o wpłynięciu protestu i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 30 października 2008r. do postępowania przystąpiła Fabryka Zmechanizowanych Obudów Ścianowych FAZOS S.A. z siedzibą w Tarnowskich Górach – dalej Przystępujący, wnosząc o odrzucenie protestu w całości i wskazując, że ma interes prawny w przystąpieniu, gdyż jej oferta zawiera najkorzystniejsze warunki i najprawdopodobniej zostanie wybrana przez Zamawiającego.

W dniu 3 listopada 2008r. Zamawiający rozstrzygnął protest oddalając go w całości. W uzasadnieniu wskazał, że Przystępujący w ofercie na str. 4 w pkt 3 podał cenę za realizację całego przedmiotu zamówienia, która wynosiła 45 445 000,00zł., natomiast słownie wpisał: trzydzieści pięć milionów pięćset osiemdziesiąt sześć tysięcy sto osiemdziesiąt złotych. Z uwagi na rozbieżności w cenie podanej cyfrowo i słownie zastosował art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. b ustawy i poprawił cenę wpisując kwotę wyrażoną słownie w miejsce dotychczasowej kwoty cyfrowej. Zamawiający powołał się na stanowisko doktryny M. Stachowiak, J. Jerzykowskiego, W. Dzierżanowskiego „Prawo zamówień publicznych” Zakamycze 2005r. Dodatkowo w analogiczny sposób Zamawiający postąpił z cenami ryczałtowymi podanymi za 1 kompletną sekcję liniową oraz 1 kompletną sekcję skrajną obudowy zmechanizowanej. Dodatkowo Zamawiający powołał się na nowelizację z 4 września 2008r. i stwierdził, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty, która zawiera omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 ustawy.

W dniu 13 listopada 2008r. Odwołujący niezgadza się z rozstrzygnięciem wniosł odwołanie. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. b ustawy poprzez jego zastosowanie do oferty Przystępującego, podczas gdy omyłka nie podlega poprawieniu na podstawie art. 88 ustawy i art. 7 ust. 1 poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na poprawieniu oferty Przystępującego i pozbawienie Odwołującego szansy na wybór jego oferty. Wskazał na swój interes prawny we wniesieniu odwołania gdyż przed poprawieniem omyłki w ofercie FAZOS oferta Odwołującego była ofertą z najniższą ceną i powinna być wybrana.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia jego czynności polegającej na poprawieniu omyłki u Przystępującego i dokonania ponownego badania i oceny ofert. W

uzasadnieniu wskazał na postanowienia pkt XV ppkt 1 i 2 siwz oraz załącznik nr 2 pkt 3 do siwz – formularz oferty, a także na oświadczenia Przystępującego zawarte w jego ofercie. Podniósł, że cena określona w siwz i ofercie Przystępującego nie jest ceną ryczałtową, gdyż nie spełnia cech przewidzianych w art. 632 kc w związku z art. 14 ustawy oraz powołał orzeczenie Zespołu Arbitrów z dnia 24 marca 2005r. sygn. akt UZP/ZO/0-510/05. Wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zamówił ściśle określone ilości sekcji obudów dwójakiego rodzaju, czyli istotne dla Zamawiającego były ceny jednostkowe za poszczególne rodzaje sekcji i one miały wpływ na sposób obliczenia ceny, gdyż cena całkowita brutto stanowi sumę iloczynów cen jednostkowych za dwa rodzaje sekcji i ich ilości. Nadmieniał, że całkowita cena dostawy za każdy rodzaj sprzętu, w której istotne są ceny jednostkowe za poszczególne produkty nie może być uznana za cenę ryczałtową. Cena ryczałtowa w przeciwieństwie do ceny w przedmiotowym postępowaniu nie ma charakteru wiążącego, o takim charakterze świadczy wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu

z dnia 6 marca 2001. sygn. akt I Aca 1147/00. Podniósł, że zarówno zapisy słowne jak i liczbowe zawierają poprawne wyliczenia arytmetyczne, a zatem Przystępujący zaoferował dwie różne ceny całkowite brutto. Zgodnie z art. 66 kc w związku z art. 14 ustawy ofertą jest oświadczenie woli zawarcia umowy, które określa istotne postanowienia tej umowy. Essentialia negotii każdej umowy jest cena. Przystępujący zaoferował dwie ceny brutto, co jest niedopuszczalne w świetle art. 82 ust. 1 ustawy, a więc oferta Przystępującego winna ulec odrzuceniu także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy. Ponadto wskazał, że oferta Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż Przystępujący umyślnie tak ułożył działania arytmetyczne, aby zapis cyfrowy i słowny dawał dwie różne ceny brutto, a to działanie dzięki poprawieniu omyłki rachunkowej spowodowało, że oferta Przystępującego stała się najtańsza. Przystępujący, wedle wiedzy Odwołującego, również we wcześniejszych postępowaniach zastosował ponowne rozwiązanie i także w wyniku poprawienia omyłki uzyskał zamówienie. Na dowód takiego działania Odwołujący przedstawił zawiadomienie o poprawieniu omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny w postępowaniu JSW S.A. KWK „Pniówek” znak 34/III/ZP/07 oraz ofertę Przystępującego – str. 3 – 4, złożoną w tym postępowaniu.

W dniu zawiadomił wykonawców o wpłynięciu protestu i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 24 listopada 2008r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Przystępujący i wskazał, że ma interes prawny w przystąpieniu, gdyż jego oferta jako najkorzystniejsza najprawdopodobniej zostanie przez Zamawiającego wybrana.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Wartość szacunkowa zamówienia ustalona została na kwotę 24 998 484, 86zł., co stanowi równowartość 6 447 727, 65 euro.

Zamawiający w pkt XIII pkt 18 siwz postanowił, że cena (brutto) za realizację całego przedmiotu zamówienia, określona na druku „OFERTA” (załącznik nr 2 do siwz) musi być podana liczbowo i słownie, wyrażona w złotych polskich z wyodrębnieniem stawki podatku VAT w %, a w pkt 19 wskazał, że każdy wykonawca może złożyć w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia tylko jedną ofertę. W pkt XV siwz Zamawiający określił, że cenę należy ustalić jako cenę brutto za realizację całego przedmiotu zamówienia i ująć w niej wszystkie koszty, których poniesienie niezbędne jest dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia (koszt zakupu, koszt dostawy, serwisu gwarancyjnego, podatek VAT, koszty ubezpieczenia itp.) Cena za realizację całego przedmiotu zamówienia, określona w pkt 3 druku „OFERTA” (załącznik nr 2 do siwz) stanowi sumę iloczynów ilości sekcji liniowych/skrajnych i ich cen jednostkowych brutto, tzn. :

Cena brutto = 160 x jednostkowa cena brutto sekcji liniowej + 6 x cena jednostkowa brutto sekcji skrajnej.

W cenie jednostkowej brutto sekcji liniowej i sekcji skrajnej zawarte jest niezbędne wyposażenie dodatkowe sekcji. Zamawiający wskazał, że poprawi w tekście oferty omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny na zasadach określonych w art. 88 ustawy. Jedynym kryterium oceny ofert, zgodnie z pkt XVI siwz była cena brutto za realizację całego przedmiotu zamówienia.

Przystępujący w pkt 3 formularza „OFERTA” (załącznika nr 2 do siwz) zawarł następujące oświadczenia :

Cena brutto za realizację całego przedmiotu zamówienia wynosi : 45 445 000,00zł (słownie złotych: trzydzieści pięć milionów pięćset osiemdziesiąt sześć tysięcy sto osiemdziesiąt złotych) stawka podatku VAT w % 22,

W tym

- a) cena (brutto) za 1 kompletną sekcję liniową obudowy zmechanizowanej wraz z niezbędnym wyposażeniem dodatkowym wynosi : 273 280,00zł (słownie złotych : dwieście czternaście tysięcy sto dziesięć złotych) stawka podatku VAT w % 22
- b) cena (brutto) za 1 kompletną sekcję skrajną obudowy zmechanizowanej wraz z niezbędnym wyposażeniem dodatkowym wynosi : 286 700,00zł (słownie złotych : dwieście dwadzieścia jeden tysięcy czterysta trzydzieści złotych) stawka podatku VAT w % 22.

Izba dopuściła dowody z ogłoszenia o zamówieniu publicznym, siwz wraz z załącznikami, protokołu postępowania wraz z załącznikami, oferty Przystępującego, zawiadomienia o

poprawieniu omyłki rachunkowej z dnia 20 października 2008r., zgody Przystępującego na poprawienie omyłki z dnia 28 października 2008r.

Izba nie dopuściła dowodów z zawiadomienia o poprawieniu omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny w postępowaniu JSW S.A. KWK „Pniówek” znak 34/III/ZP/07 oraz oferty Przystępującego – str. 3 – 4, złożoną w tym postępowaniu, gdyż dowody te zostały złożone na okoliczność udowodnienia faktu, że złożenie oferty przez Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zaś zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako czynu nieuczciwej konkurencji został podniesiony dopiero na etapie postępowania odwoławczego i zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy nie może być przedmiotem rozpoznania Izby, a tym samym zgłoszone dowody nie służą udowodnieniu okoliczności mających istotne znaczenie w przedmiotowym postępowaniu.

Izba wzięła pod uwagę stanowiska stron i ich pełnomocników podniesione w pismach oraz zaprezentowane na rozprawie.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek z art. 187 ust. 4 ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż gdyby Zamawiający nie poprawił omyłki w ofercie Przystępującego, oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejsza cenowo i Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie. Zatem w przypadku potwierdzenia się zarzutów Odwołującego i nakazania ponownego badania i oceny ofert ma on szansę na uznanie jego oferty za najkorzystniejszą i podpisanie umowy o zamówienie publiczne. Tym samym została wypełniona przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. b ustawy poprzez jego zastosowanie do oferty Przystępującego, podczas gdy omyłka nie podlega poprawieniu na podstawie art. 88 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że cena brutto za przedmiot zamówienia ma charakter ryczałtowy. Zamawiający oczekuje dokonania na jego rzecz sprzedaży fabrycznie nowych, kompletnych sekcji obudowy zmechanizowanej z kompletnym wyposażeniem, a więc zawarcia z nim umowy sprzedaży określonej w art. 535 kc z uwzględnieniem art. 544 kc tj. dostarczenia przedmiotu umowy do siedziby Zamawiającego. Zgodnie z załącznikiem nr 1 do siwz pkt VII.2 Zamawiający zastrzegł sobie również prawo zbadania rzeczy przed jej dostawą tj. dokonania odbioru technicznego po

zmontowaniu kompletnej sekcji w miejscu wskazanym przez Wykonawcę. Zamawiający w siwz wskazał wprost, że cenę należy ustalić jako cenę brutto za realizację całego przedmiotu zamówienia i ująć w niej wszystkie koszty, których poniesienie niezbędne jest dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia (koszt zakupu, koszt dostawy, serwisu gwarancyjnego, podatek VAT, koszty ubezpieczenia itp.), a ponadto przewidział jako element przedmiotu zamówienia – szkolenie pracowników Zamawiającego. Cena określona przez Zamawiającego nie jest zatem jedynie zapłatą za dostarczony towar, ale obejmuje także inne składniki kosztowe, niezwiązane bezpośrednio z zakupem serii zmechanizowanych obudów. Zamawiający oczekuje zatem wskazania ceny za całość przedmiotu zamówienia. Twierdzenia Odwołującego, że cena została ustalona w sposób wiążący, co przeczy, w ocenie Odwołującego ryczałtowemu charakterowi ceny, są niezasadne. Izba wskazuje, że zgodnie z postanowieniami siwz Zamawiający oczekiwał podania ceny za poszczególne elementy składowe tj. osobno za sekcję zmechanizowanej obudowy liniowej i osobno skrajnej, ale w sposób uwzględniający wszelkie koszty – w tym koszty, których jednoznacznie wycenić się nie da i ich wycena pozostawiona została do oceny wykonawców tj. koszty montażu oraz szkoleń pracowników, a także serwisu gwarancyjnego. Koszty te należało uwzględnić w cenach jednostkowych. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że nie każde tabelaryczne zestawienie elementów składowych oferty może być uznane za kosztorys. W szczególności, gdyby przyjąć rozumowanie Odwołującego, należałoby uznać, że nie jest ceną ryczałtową cena całkowita będąca sumą dwóch części zamówienia określonych jako ceny ryczałtowe, z uwagi na podanie działania arytmetycznego (dodawania) jako sposobu ustalenia ceny. Taki wywód Izba uznaje za zbyt

daleko idący. Ponadto Izba przyznaje Zamawiającemu rację, co do tego, że art. 88 ustawy zawiera definicję omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny, które podlegają poprawieniu. W stanie prawnym obowiązującym na dzień dokonywania poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie Przystępującego ustawodawca rozróżniał dwa rodzaje omyłek rachunkowych : omyłki rachunkowe nadające się do poprawienia i omyłki rachunkowe nie nadające się do poprawienia. Wynika to z brzmienia art. 87 ust. 2 i treści art. 88 ustawy. Tym samym skoro ustawodawca przewidział jako omyłkę rachunkową rozbieżność ceny ryczałtowej podanej słownie i podanej liczbą, to Zamawiający obowiązany był zastosować się do określonego w art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. 3 ustawy sposobu jej poprawienia. Jednakże wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie można podzielić argumentu, że po nowelizacji z dnia 4 września 2008r. wszelkie omyłki rachunkowe będą mogły być poprawiane i twierdzenia, że wobec zmiany przepisów należy uznać działanie Zamawiającego nie podlegające ocenie. Wskazać należy, że znowelizowana treść art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy wskazuje, że do poprawienia nadają się oczywiste omyłki rachunkowe, a nie wszelkie omyłki. Nie zmienia to jednak oceny Izby

dokonywanej w oparciu o stan prawny obowiązujący w dacie dokonania czynności przez Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający był uprawniony do poprawienia błędu w ofercie Przystępującego w trybie art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. b ustawy. W tym stanie rzeczy Izba stwierdza, iż Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. b poprzez jego zastosowanie, pomimo braku podstaw faktycznych i prawnych oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że oferta Przystępującego zawiera błędy rachunkowe nadające się do poprawienia w trybie art. 88 ustawy.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na poprawieniu oferty Przystępującego i pozbawienie Odwołującego szansy na wybór jego oferty.

Zarzut został podniesiony przez Odwołującego dopiero na etapie postępowania odwoławczego i Izba na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były podniesione w proteście.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z art. 82 ust. 1 ustawy poprzez dopuszczenie oferty Przystępującego, w której zaproponowano dwie ceny.

Zarzut został podniesiony przez Odwołującego dopiero na etapie postępowania odwoławczego i Izba na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były podniesione w proteście.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zarzut został podniesiony przez Odwołującego dopiero na etapie postępowania odwoławczego i Izba na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były podniesione w proteście.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok /postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....