

WYROK

z dnia 14 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Bogdan Artymowicz

Andrzej Niwicki

Protokolant: Agata Dziuban

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 sierpnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **1 sierpnia 2013 r.** przez wykonawcę: **Lider Trading Sp. z o.o. ul. Znana 4B, 01-100 Warszawa, Oddział w Łąncucie, ul. Podzwierzyniec 78, 37-100 Łącut**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o. o. ul. Włociańska 52, 01-710 Warszawa**, przy udziale wykonawcy:
- **Solaris Bus & Coach Spółka Akcyjna, Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska**, zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie,

1.1. nakazuje zamawiającemu: Miejskim Zakładom Autobusowym Sp. z o. o. ul. Włociańska 52, 01-710 Warszawa:

- 1.1.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 1.1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,

1

1.1.3 oraz nakazuje ponownienie czynności oceny ofert i wyboru oferty z udziałem oferty odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o. o. ul. Włociańska 52, 01-710 Warszawa

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Lider Trading Sp. z o.o. ul. Znana 4B, 01-100 Warszawa, Oddział w Łąncucie, ul. Podzwierzyniec 78, 37-100 Łącut**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: **Miejskich Zakładów Autobusowych Sp. z o. o. ul. Włociańska 52, 01-710 Warszawa** na rzecz odwołującego: **Lider Trading Sp. z o.o. ul. Znana 4B, 01-100 Warszawa, Oddział w Łąncucie, ul. Podzwierzyniec 78, 37-100 Łącut**, kwotę **18 600,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionego wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) 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:

Członkowie:.....

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Dostawa 47 sztuk fabrycznie nowych autobusów miejskich” (Dziennik Urzędowy UE Nr: 2013/S 111-190208 z dnia 11.06.2013 r.), w dniu 1 sierpnia 2013 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę Lider Trading Sp. z o.o. Warszawa, Oddział w Łąncucie, z siedzibą w Łąncucie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie powiadomienia odwołującego w dniu 26 lipca 2013 r. za pośrednictwem faksu i pisemnie o wyborze oferty wykonawcy Solaris Bus & Coach S. A. oraz o odrzuceniu oferty odwołującego i dotyczy:

- a) czynności wyboru oferty złożonej przez Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą w Bolechowie (dalej „Solaris”) jako najkorzystniejszej oferty, pomimo że najkorzystniejszą ofertę złożył odwołujący,
- b) czynności badania i oceny ofert,
- c) czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pomimo że nie zaistniały przesłanki uprawniające do jej odrzucenia,
- d) zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Ponadto, z ostrożności odwołujący wnosił niniejsze odwołanie od zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania go do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty poprzez podanie czy gwarantowana wielkość zużycia paliwa wynosi dokładnie 51 l/100 km, czy też jest ona większa (po przecinku występuje cyfra większą niż 0). Również z ostrożności, odwołujący wnosił odwołanie od zaniechania przez zamawiającego czynności poprawienia w ofercie odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ), niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, tj. od zaniechania przez zamawiającego czynności poprawienia w ofercie odwołującego omyłki polegającej na niewskazaniu wprost, że gwarantowana wielkość zużycia paliwa z określeniem tego zużycia do jednego miejsca po przecinku wynosi 51,0 l/100 km.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Miejskim Zakładom Autobusowym Sp. z o. o. w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, tj.:

-
- a) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez dokonanie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty odwołującego, pomimo iż nie zaistniały przesłanki uprawniające do jej odrzucenia;
 - b) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej; Ponadto z ostrożności odwołujący postawił następujące zarzuty:
 - c) naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie przez zamawiającego czynności wezwania odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty poprzez wyjaśnienie czy gwarantowana wielkość zużycia paliwa wynosi dokładnie 51 l/100 km, czy też jest ona większa (po przecinku występuje cyfra większą niż 0);
 - d) naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie przez zamawiającego czynności poprawienia w ofercie odwołującego omyłki polegającej na niewskazaniu wprost, że gwarantowana wielkość zużycia paliwa z określeniem tego zużycia do jednego miejsca po przecinku wynosi 51,0 l/100 km;

Wskazując na powyższe, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:

- a) unieważnił czynność wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Solaris Bus & Coach S.A. jako najkorzystniejszą;
- b) unieważnił czynność odrzucenia oferty odwołującego;
- c) powtórzył czynność badania i oceny złożonych ofert;
- d) powtórzył czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonał czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Z ostrożności odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu, aby na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty poprzez podanie czy gwarantowana wielkość zużycia paliwa wynosi dokładnie 51 l/100 km, czy też jest ona większa (po przecinku występuje cyfra większą niż 0). Również z ostrożności odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu, aby na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprawił w ofercie odwołującego omyłkę polegającą na niewskazaniu wprost, że gwarantowana wielkość zużycia paliwa z określeniem tego zużycia do jednego miejsca po przecinku wynosi 51,0 l/100 km.

Odwołujący powoływał się na okoliczność, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W tym celu złożył ofertę, której treść odpowiada

treści SIWZ i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. Ponadto odwołujący zaznaczał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp - poniósł szkodę. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami, to nie odrzuciłby oferty złożonej przez odwołującego, lecz uznałby, że jej treść odpowiada treści SIWZ względnie, że jest potrzeba zwrócenia się do odwołującego o wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy względnie, że w ofercie odwołującego wystąpiła tzw. inna omyłka, nadająca się jednak do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W konsekwencji zamawiający wybrałby ofertę odwołującego, jako najkorzystniejszą, bowiem w świetle zawartych w SIWZ kryteriów oceny ofert, to oferta odwołującego przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów przyjętych w SIWZ. Poprzez zaniechanie powyższych czynności zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której odwołujący utracił szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanej powyżej czynności i zaniechań zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

Argumentując przedstawione zarzuty odwołujący wyjaśniał, że w dniu 26 lipca 2013 r. otrzymał od zamawiającego pismo zawierające informację o wyborze najkorzystniejszej oferty - wykonawcy Solaris, natomiast oferta odwołującego została przez zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

1. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez dokonanie czynności odrzucenia złożonej oferty, pomimo iż nie zaistniały przesłanki uprawniające do jej odrzucenia, odwołujący stwierdził, co następuje.

Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazał, że podstawą prawną odrzucenia oferty odwołującego był art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy. Natomiast co do podstawy faktycznej odrzucenia, zamawiający podniósł, że: „w formularzu ofertowym ww. firmy na stronie 2, podana została gwarantowana wielkość zużycia paliwa: «51 l/100 km». Zgodnie z wymogami SIWZ, zapisanymi w pkt. 1.6.5 załącznika nr 1 do SIWZ, w Formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ oraz w § 2 ust. 3 projektu Umowy serwisowej stanowiącej załącznik nr 7 do SIWZ, wielkość ta powinna być podana z

dokładnością do jednego miejsca po przecinku. Powyższej omyłki nie można potraktować jako «oczywistej omyłki pisarskiej» ponieważ z żadnego innego dokumentu oferty nie można ustalić, jaka wielkość zużycia paliwa powinna być w tym przypadku przyjęta za prawidłową». Odnosząc się do powyższego odwołujący podkreślał, że postawione w SIWZ wymaganie zostało w złożonej ofercie spełnione. Odwołujący podał w swojej ofercie, że gwarantowana wielkość zużycia paliwa wynosi 51 l/100 km, co należało i należy odczytywać jako 51,0 l/100 km. Gwarantowana przez odwołującego wielkość zużycia paliwa wynosi dokładnie 51 l/100 km i nie przekracza tej wartości ani o jedną dziesiątą, ani o jedną setną czy nawet jedną tysięczną litra. Stąd też w ofercie posłużono się sformułowaniem „51 l/100 km” jako

tożsamym ze sformułowaniem: „51,0 l/100 km”. W ocenie odwołującego nie ma żadnej różnicy pomiędzy wskazaniem gwarantowanej wielkości zużycia paliwa w sposób, w jaki to uczynił w swojej ofercie (51 l/100 km), a sposobem jakiego oczekiwał zamawiający (51,0 l/100 km). Obie te wartości są identyczne i nie ma znaczenia forma w jakiej zostały wyrażone. Niezależnie od tego, czy gwarantowaną wielkość zużycia paliwa zapiszemy jako 51 l/100 km czy jako 51,0 l/100 km, będzie to wciąż ta sama wielkość. Dla odwołującego było przy tym oczywiste, że wskazanie w ofercie, iż gwarantowana wielkość zużycia paliwa wynosi 51 l/100 km, oznacza, że wielkość ta równa się dokładnie 51 l/100 km, a tym samym, że zarówno na pierwszym jak i na kolejnych miejscach po przecinku znajduje się zero. Kwestię powyższą uznał za oczywistą i nie budzącą żadnych wątpliwości. Jeżeli dana wartość została określona jako np. 51, to wynosi dokładnie 51, i bez znaczenia jest, czy zostanie zapisana jako 51,0 czy 51,00, czy 51,000 - zawsze jest to dokładnie 51, ani mniej, ani więcej. Gdyby na pierwszym miejscu po przecinku znajdowała się jakakolwiek inna cyfra niż 0, a tym samym gwarantowana wielkość zużycia paliwa byłby większa niż 51 l/100 km, to odwołujący zaznaczyłby to w swojej ofercie, wskazując o ile gwarantowana wielkość zużycia paliwa przekroczy 51 l/100 km. Brak takiego wskazania może i powinien być interpretowany tylko w taki sposób, że gwarantowana wielkość zużycia paliwa wynosi dokładnie 51 l/100 km.

Odwołujący zaznaczał, że wytknięta przez zamawiającego niezgodność treści oferty z treścią SIWZ - w rzeczywistości stanowi niezgodność co do formy, a nie co do merytorycznej zawartości oferty. Przyczyną odrzucenia oferty odwołującego stało się bowiem to, że gwarantowaną wielkość zużycia paliwa podał on w swojej ofercie w formacie 51 l/100 km, zamiast w formacie 51,0 l/100 km. Tymczasem, jak już to wskazano powyżej, obie ww. wartości są identyczne, niezależnie do tego w jakiej formie zapisano je w ofercie. W świetle literalnego brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jak i utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej niezgodność pomiędzy ofertą a SIWZ, aby choćby potencjalnie mogła stanowić podstawę odrzucenia oferty, musi dotyczyć treści obu ww. dokumentów, a zatem nie kwestii formy. Niezachowanie nałożonych w SIWZ wymagań co do formy oferty (w tym

przypadku - co do formy zapisu gwarantowanej wielkości zużycia paliwa) nie może zatem stanowić podstawy do odrzucenia oferty, nie dotyczy bowiem strony merytorycznej oferty. Odwołujący powoływał się na wyrok KIO z dnia 2 maja 2013 r., KIO 851/13, KIO 854/13, że: „(...) zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Jednak nie każda niezgodność skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. a jedynie ta, która dotyczy materialnej sfery oferty. Jak wskazuje się w orzecznictwie użyte przez ustawodawcę w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp sformułowania «treść oferty» i «treść siwz» jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy. Treść oferty natomiast to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego, jeśli oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.” O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie (wyrok KIO z dnia 23 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 297/11). (...) Należy pamiętać, że formalizm postępowania nie może wykraczać poza cel, któremu służy, a który sprowadza się do gwarantowania realizacji wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasad równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, i w konsekwencji zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zatem niezasadnym byłoby uznanie, że oferta Przystępującego Piomar nie spełnia wymagań Zamawiającego i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - gdy pod względem funkcjonalnym - spełnia ona wymagania Zamawiającego i osiągnięty zostanie cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

Odnosząc powyższe ustalenia do okoliczności niniejszej sprawy, odwołujący przekonywał, że niewątpliwie pod względem funkcjonalnym jego oferta spełnia wszystkie wymagania SIWZ i gwarantuje osiągnięcie celu postępowania, jakim jest dostawa 47 sztuk fabrycznie nowych autobusów miejskich, spełniających wymagania SIWZ. Jedyna wskazana przez zamawiającego niezgodność w ofercie odwołującego dotyczy bowiem formy zapisu gwarantowanej wielkości zużycia paliwa. Odwołujący ponownie podkreślał, że wskazanie w

jego ofercie, iż: „Gwarantowana wielkość zużycia paliwa: nie większa niż: 51 l/100 km” oznaczało, iż wielkość ta wynosi dokładnie 51 l/100 km, a nie np. 51,1 l/100 km. Skoro, zatem wielkość ta wynosi dokładnie 51 l/100 km, to okoliczność, że na pierwszym miejscu po przecinku nie zapisano cyfry „0”, jest pozbawiona jakiegokolwiek znaczenia, a w szczególności nie spowoduje, że wskazany powyżej cel postępowania nie zostanie osiągnięty.

Z uzasadnienia odrzucenia oferty odwołujący wywiódł, że zamawiający przyjął, nie wiadomo zresztą na jakiej podstawie, iż gwarantowana przez odwołującego wielkość zużycia paliwa jest większa niż 51 l/100 km, przy czym nie wiadomo dokładnie jaka, bowiem: „z żadnego innego dokumentu oferty nie można ustalić, jaka wielkość zużycia paliwa powinna być w tym przypadku przyjęta za prawidłową”.

Odwołujący nie zgodził z powyższym stanowiskiem, gdyż uważał, że prawidłowa i zarazem jedyna gwarantowana wielkość zużycia paliwa została w ofercie jasno i wyraźnie podana i wynosi ona dokładnie tyle, ile wskazano w ofercie, tj. 51 l/100 km. Zamawiający nie powinien mieć zatem żadnych trudności z ustaleniem ile wynosi gwarantowana przez odwołującego wielkość zużycia paliwa – 51 l/100 km i nic ponadto. Tymczasem zamawiający swoje niczym nieuzasadnione wątpliwości uczynił podstawą odrzucenia złożonej oferty.

Odwołujący stwierdził, że takich działań nie sposób zaakceptować z punktu widzenia interpretacji przepisów ustawy Pzp – jak słusznie wskazano w powołanym powyżej wyroku KIO 851/13, KIO 854/13: „*odrzucenie oferty wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wykazania ponad wszelką wątpliwość, że zaistniały ku temu podstawy, gdyż - zgodnie z przyjętą regułą - przesłankę do odrzucenia oferty, zawartych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp nie można interpretować rozszerzającą, a zamawiający nie może - odrzucając ofertę - opierać się na ewentualnych przypuszczeniach, gdyż to na nim - w przypadku podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty - spoczywa obowiązek wykazania okoliczności, z których wywodzi skutki prawne w postaci odrzucenia oferty wykonawcy oraz pozbawienia go możliwości uzyskania i realizacji w przyszłości przedmiotu zamówienia.*”

W ocenie odwołującego, w niniejszej sprawie zamawiający oparł się natomiast wyłącznie na swoich przypuszczeniach, tj. założył, że na pierwszym miejscu po przecinku występuje cyfra inna niż 0, choć w świetle okoliczności faktycznych sprawy takie przypuszczenie było całkowicie nieuzasadnione. Odwołujący zwracał uwagę na okoliczność, że ewentualne zaniżenie przez odwołującego gwarantowanej wielkości zużycia paliwa poprzez pominięcie pierwszej cyfry po przecinku, (a najwyraźniej takie właśnie postępowanie odwołującego sugeruje zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty), byłoby zupełnie nieracjonalne i naraziłoby wykonawcę na poważne straty. We wzorze umowy serwisowej (Załącznik nr 7 do SIWZ) w § 2 ust. 3 zamawiający określił bowiem jakie konsekwencje czekają wykonawcę, gdyby w trakcie eksploatacji autobusów faktyczna wielkość zużycia paliwa okazała się większa od gwarantowanej przez wykonawcę. Mianowicie w takim wypadku zamawiający będzie naliczał wykonawcy bardzo dotkliwe kary umowne, zgodnie z zasadami określonymi w pkt 3.5. § 2 ust. 3. Już tylko ta okoliczność powoduje, że ewentualna próba zaniżenia gwarantowanej wielkości zużycia paliwa poprzez

ominięcie pierwszej cyfry po przecinku, nie leżałoby w interesie wykonawcy, przyniosła by więcej szkody niż pożytku i byłaby po prostu sprzeczna ze zdrowym rozsądkiem.

Tym samym, również z tego względu uznał odwołujący, że wskazanie w ofercie iż: „Gwarantowana wielkość zużycia paliwa: nie większa niż: 51 l/100 km” oznaczało, iż wielkość ta wynosi dokładnie 51 l/100 km, czyli 51,0 l/100 km a nie np. 51,1 l/100 km.

W świetle powyższych wyjaśnień, za oczywiste przyjął, że treść oferty odwołującego w rzeczywistości odpowiada treści SIWZ, a wskazaną w ofercie gwarantowaną wielkość zużycia paliwa, wynoszącą 51 l/100 km, zamawiający winien odczytać jako wynoszącą dokładnie 51 l/100 km, czyli 51,0 l/100 km.

W informacji o wynikach postępowania zamawiający wskazał również, że: „powyższej omyłki (tj. braku podania w ofercie, że pierwsza cyfra po przecinku wynosi „0” - przyp. odwołujący) nie można potraktować jako «oczywistej omyłki pisarskiej» ponieważ z żadnego innego dokumentu oferty nie można ustalić, jaka wielkość zużycia paliwa powinna być w tym

przypadku przyjęta za prawidłową". Odnosząc się do użytej przez zamawiającego argumentacji odwołujący kontynuował, że o oczywistej omyłce pisarskiej nie może być w tym przypadku mowy, gdyż nie jest tak, że odwołujący omylił się podając w ofercie gwarantowaną wielkość zużycia paliwa, która w rzeczywistości miałaby być większa niż 51 l/100 km (na pierwszym miejscu po przecinku miałaby być cyfra inna niż „0”). Nic takiego nie miało miejsca, a podana w ofercie gwarantowana wielkość zużycia paliwa wynosi dokładnie tyle, ile odwołujący chciał zagwarantować, tj. dokładnie 51 l/100 km, czyli 51,0 l/100 km.

Niezależnie od powyższego, odwołujący podnosił, że zamawiający ograniczył się jedynie do zbadania, czy omyłka w ofercie odwołującego stanowi oczywistą omyłkę pisarską, podczas gdy w świetle przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy winien przede wszystkim ustalić, czy omyłka ta nie jest tzw. inną omyłką, nadającą się do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

2. Odnosnie postawionego z ostrożności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 tej ustawy, poprzez zaniechanie przez zamawiającego czynności wezwania odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i wyjaśnienie czy gwarantowana wielkość zużycia paliwa wynosi dokładnie 51 l/100 km, czy też jest ona większa (po przecinku występuje cyfra większą niż „0”) ? Odwołujący stwierdził, co następuje.

W ocenie odwołującego, wbrew wywodom zamawiającego, ze złożonej oferty jasno i wyraźnie wynika, ile wynosi gwarantowana wielkość zużycia paliwa, tj. 51 l/100 km, a tym samym wynika, że na pierwszym miejscu po przecinku znajduje się „0”. Niemniej jednak, jeżeli zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie, mógł i powinien zwrócić się

9

do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty - czy gwarantowana wielkość zużycia paliwa wynosi dokładnie 51 l/100 km, czy też jest ona większa (po przecinku występuje cyfra większą niż „0”). W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjęto bowiem, że odrzucenie oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ powinno być ostatecznością, a zamawiający uprzednio winien wykorzystać wszelkie przewidziane ustawą instrumenty w celu ustalenia ponad wszelką wątpliwość, czy niezgodność taka faktycznie zachodzi, w szczególności poprzez zwrócenie się do wykonawcy o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Przykładowo, w wyroku KIO z 27 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2629/11, podkreślono, że: „*dokonując zestawienia uprawnienia wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, iż regulacja art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji zamawiającego - czyli prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień, jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty.*” Jeszcze dobitniej powyższy pogląd został sformułowany w wyroku z 24 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1716/11: „*Czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.*”

Jest poza sporem, że zamawiający nie wezwał odwołującego do jakichkolwiek wyjaśnień treści jego oferty, w tym do wskazania, czy gwarantowana wielkość zużycia paliwa wynosi dokładnie 51 l/100 km, czy też jest ona większa (po przecinku występuje cyfra większą niż „0”), ale w sposób zupełnie nieuprawniony założył, że po przecinku występuje cyfra większą niż „0”. Gdyby zamawiający zwrócił się w powyższym zakresie do odwołującego o wyjaśnienia, uzyskałby potwierdzenie, że tak jak to zostało podane w ofercie, gwarantowana wielkość zużycia paliwa wynosi dokładnie 51 l/100 km, czyli 51,0 l/100 km. Jednocześnie powyższe wyjaśnienia, jak zaznaczał odwołujący - nie stanowiłyby jakiegokolwiek zmiany w treści oferty - gwarantowana wielkość zużycia paliwa nie zmieniałaby się. Wyjaśnienia odwołującego ograniczyłyby się jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona przez niego oferta. Tym samym również zakaz zmiany treści oferty, zawarty w art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, nie stał na przeszkodzie w zwróceniu się przez zamawiającego o ww. wyjaśnienia. Już zatem tylko z tego względu odrzucenie oferty odwołującego ocenił jako przedwczesne i wadliwe.

3. Odnosnie postawionego z ostrożności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy poprzez zaniechanie przez zamawiającego czynności poprawienia w ofercie odwołującego omyłki polegającej na

niewskazaniu wprost, że gwarantowana wielkość zużycia paliwa z określeniem tego zużycia do jednego miejsca po przecinku wynosi 51,0 l/100 km, odwołujący podkreślał, że w jego ofercie nie wystąpiła jakkolwiek merytoryczna niezgodność z treścią SIWZ, a brak wskazania w ofercie, że w gwarantowanej wielkości zużycia paliwa, tj. 51 l/100 km, na pierwszym miejscu po przecinku znajduje się „0”, stanowi niezgodność o charakterze jedynie formalnym, która nie może być podstawą do odrzucenia oferty na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Niemniej jednak, jeśliby nawet przyjąć, że powyższy brak jest niezgodnością o charakterze merytorycznym, to w ocenie odwołującego, zamawiający mógł i powinien usunąć ją i trybie i na zasadach określonych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się na stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 29 marca 2012r., sygn. akt KIO 533/12, zgodnie z którym: *„Przed zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zamawiający ma obowiązek zbadać ofertę pod względem możliwości poprawienia pojawiających się w takiej ofercie omyłek w trybie art. 87 ust. 2 ustawy.”*

Tymczasem, jak wynika z treści informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, zamawiający ograniczył się jedynie do zbadania, czy omyłka w ofercie odwołującego stanowi oczywistą omyłkę pisarską, natomiast w ogóle nie rozważył, czy możliwe jest jej poprawienie jako tzw. innej omyłki. W ocenie odwołującego wskazany przez zamawiającego brak w ofercie odwołującego - jak najbardziej nadaje się do poprawienia w tym trybie. Dokonanie przez zamawiającego takiej poprawki nie tylko bowiem, że nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty, lecz w ogóle treści oferty odwołującego nie zmieni. Po poprawieniu omyłki w ofercie odwołującego nie zmieni się bowiem podana w ofercie gwarantowana wielkość zużycia paliwa, nadal będzie ona bowiem wynosić dokładnie 51 l/100 km. Zmieni się jedynie forma w jakiej wielkość ta została wyrażona, poprzez wskazanie, że wynosi ona 51,0 l/100 km. Tym samym, ww. poprawka w żadnym wypadku nie może być uznana za niedopuszczalną. Odwołujący argumentował, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp został wprowadzony właśnie w celu usuwania takich omyłek, jak wytknięta przez zamawiającego. Jak słusznie bowiem wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 11 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1095/12, *„celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert zawierających niewielkie błędy. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco.”* Do analogicznych wniosków Izba doszła w wyroku z 27 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 757/12, wskazując, że: *„zamiarem ustawodawcy w zakresie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) było umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcom, którzy*

złożyli oferty obarczone nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty.”

Odnosząc się do powyższego, odwołujący wskazywał, że bez wątpienia zmiana formy podania gwarantowanej wielkości zużycia paliwa nie będzie prowadzić do zniekształcenia woli odwołującego, tym bardziej w zakresie istotnej części jego oferty. Tym samym, zamawiający winien poprawić omyłkę w ofercie odwołującego, skoro uznał ją za stanowiącą niezgodność treści tej oferty z treścią SIWZ.

Reasumując, odwołujący - za powołanym już wyrokiem KIO sygn. akt KIO 2629/11, naświetlał fakt, że: *„odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.”* Tymczasem w niniejszej sprawie podstawą odrzucenia oferty odwołującego stała się okoliczność całkowicie pozbawiona znaczenia i zarazem o charakterze czysto formalnym, bo sprowadzającym się wyłącznie do formy

podania informacji o gwarantowanej wielkości zużycia paliwa. Ponadto, jeżeli nawet by przyjąć, że w ofercie odwołującego wystąpiła omyłka, to bez wątpienia nadawał się ona do usunięcia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Tym samym odrzucenie swojej oferty, odwołujący ocenił, jako całkowicie nieuprawnione.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2013 r. przekazane za pośrednictwem faksu, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego złożył pisemnie w dniu 5 sierpnia 2013 r. (z kopią przesłaną stronom) wykonawca wybrany Solaris Bus & Coach Spółka Akcyjna, z siedzibą w Bolechowie, po stronie zamawiającego, który wnosił o oddalenie odwołania. Odrębnym pismem przekazanym za pośrednictwem faksu w dniu 13 sierpnia 2013 r. zgłaszający przystąpienie przedstawił następujące uzasadnienie swego stanowiska: „Spółka Solaris Bus & Coach S.A. jest wykonawcą, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, którego przedmiotem jest dostawa 47 sztuk fabrycznie nowych autobusów miejskich. Jak wynika z treści pisma z dnia 26 lipca 2013 r. w trakcie badania ofert Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na niezgodne z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (...) złożenie deklaracji w zakresie zużycia paliwa oferowanych przez Odwołującego autobusów. Działanie Zamawiającego uznać należy za w pełni uzasadnione i zgodne z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004

12

roku - Prawo zamówień publicznych (...)

1. Odrzucenie oferty. Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, w świetle którego odrzucenie jego oferty stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w. zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, z całą stanowczością należy uznać go za niezasadny i podlegający oddaleniu. W ocenie Przystępującego działania Zamawiającego nie tylko były uprawnione ale i konieczne z uwagi na treść przywołanych wyżej przepisów.

W świetle bowiem art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, a więc z zastrzeżeniem możliwości poprawiania omyłki w ofercie. Co należy rozumieć przez niezgodność treści oferty z treścią SIWZ było przedmiotem licznych komentarzy przedstawicieli doktryny oraz wielokrotnie interpretowane przez Krajową Izbę Odwoławczą. Interpretacje te jasno pokazują, że oferta Odwołującego była sprzeczna z treścią SIWZ, a co za tym idzie Zamawiający zobowiązany był do jej odrzucenia. Wskazać można chociażby orzeczenie KIO z dnia 21 marca 2012 r., sygnatura akt KIO 468/12, w którym Izba uznała, że podstawą zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 jest niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, która to niezgodność „ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w specyfikacji oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są umieszczane w specyfikacji); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie, na czym konkretnie niezgodność ta polega, co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami specyfikacji”.

W ocenie przystępującego wszystkie ze wskazanych wyżej warunków zostały spełnione:

a) oświadczenie Odwołującego w zakresie wysokości zużycia paliwa jest niezgodne z wymaganiami treści Specyfikacji i istnieje możliwość wskazania co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi zapisami Specyfikacji,

b) niezgodność dotyczy treści merytorycznej oferty, stanowiącej istotny element zobowiązania wykonawców nie tylko ze względu na jej wpływ na ocenę ofert ale także ze względu na jej wpływ na wysokość ewentualnych kar umownych,

13

c) niezgodność ma charakter nieusuwalny.

ad a) Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Zgodnie z brzmieniem rozdziału 13 pkt 2.10 SIWZ Zamawiający przyjął parametr gwarantowanego zużycia paliwa jako jedno z kryteriów oceny ofert, Parametr ten w oparciu o treść pkt 1.6.5. załącznika Nr 1 do SIWZ wykonawcy zobowiązani byli podać w formularzu ofertowym z dokładnością do 1 miejsca po przecinku. Wymóg dokładności deklarowanego zużycia paliwa do 1 miejsca po przecinku powtórzony został w formularzu ofertowym, w miejscu, w którym wykonawcy podawali swoje deklaracje w zakresie omawianego parametru. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wartość parametru określona powinna być w oparciu o posiadane przez wykonawcę wyniki testu SORT przy uwzględnieniu doświadczenia wykonawcy w zakresie eksploatacji jego pojazdów. Parametr zużycia paliwa ma więc charakter deklaracji i nie musi być potwierdzony jakimkolwiek dokumentem (test SORT ma być jedynie pewną podstawą składanej deklaracji).

Odwołujący w swojej ofercie, co jasno przyznaje w odwołaniu, zadeklarował gwarantowany poziom zużycia paliwa oferowanych autobusów na poziomie 51 l/100 km. Zadeklarował on zatem wartość wspomnianego parametru z dokładnością do liczb całkowitych, a nie jak wymagał tego Zamawiający z dokładnością do 1 miejsca po przecinku, co doprowadziło do powstania niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Stanowczo należy sprzeciwić się twierdzeniom Odwołującego jakoby wpisanie liczby 51, a więc z dokładnością do liczb całkowitych w sposób oczywisty oznaczało deklarację gwarantowanego zużycia paliwa na poziomie 51,0 l/100 km. Twierdzenie takie jest całkowicie nieuprawnione a wspomniana „oczywistość” wiadoma jest tylko Odwołującemu, który jako jedyny znał dokładną wartość deklarowanego zużycia paliwa. Wiedzy tej jednak nie przekazał Zamawiającemu, jak sam podkreśla celowo wypełniając formularz ofertowy w sposób sprzeczny z wymaganiami Specyfikacji. W ocenie Przystępującego wskazanie parametru gwarantowanego zużycia paliwa jako 51 l/100 km oznacza jedynie tyle, że wartość ta podana została z dokładnością do liczb całkowitych. Inne wnioski oparte by były jedynie na domysłach, których potwierdzenie wymagałoby uzupełnienia oferty o informacje w niej nie podane.

Zgodnie z regułami matematyki, sprowadzanie liczb do liczb całkowitych polega na jednym z dwóch poniższych działań:

a) odrzuceniu pewnej ilości cyfr końcowych danej liczby, jeśli cyfra odrzucana jest mniejsza niż 5, lub

b) zwiększeniu ostatniej z pozostałych cyfr o jeden, jeśli cyfra odrzucana jest większa lub równa 5.

W praktyce oznacza to, że nie jedna, jak stwierdza to Odwołujący, ale 10 liczb może być sprowadzona do liczby całkowitej 51. Są to liczby od 50,5 do 51,4. Każda z tych liczb po sprowadzeniu do liczby całkowitej da liczbę 51.

Dla przykładu wskazać można, że w ofercie Przystępującego jako gwarantowaną wysokość zużycia paliwa wskazano 51,3 l/100 km. Sprowadzając tę wartość do liczby całkowitej otrzyma się właśnie wartość 51, co jak wyraźnie widać nie oznacza, że gwarantowane przez Przystępującego zużycie paliwa wynosi równo 51,0 l/100 km. Co więcej zadeklarowana wartość 51,3 l/100 km jest wartością otrzymaną po jej sprowadzeniu do liczby podanej z dokładnością do 1 miejsca po przecinku. Wartość 51,3 nie oznacza bowiem, że jest ona równa 51,30000, a do takich wniosków należałoby dojść stosując reguły zaproponowane przez Odwołującego.

Z powyższego jasno wynika, że sprowadzenie przez Odwołującego parametru gwarantowanego zużycia paliwa do liczby całkowitej doprowadziło do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a ponieważ, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie istnieje jeden oczywisty sposób usunięcia tej niezgodności, nie jest uprawniony zarzut jakoby niezgodność jego oferty z treścią Specyfikacji miała charakter jedynie formalny, a nie merytoryczny. W świetle wyroku KIO z dnia 3 stycznia 2013 r. sygnatura akt KIO 2772/12, „treść oferty stanowi o merytorycznym aspekcie zaoferowanego przez wykonawców świadczenia adekwatnego do merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia”, W świetle przytoczonej definicji nie powinno budzić wątpliwości, że wysokość gwarantowanego zużycia paliwa, szczególnie po nadaniu mu rangi kryterium oceny ofert, a także z uwagi na związek tego parametru z wysokością ewentualnych kar umownych (o

czyż będzie mowa poniżej) stanowi istotny element merytorycznej treści ofert wykonawców.

Natomiast analizując orzecznictwo KIO pod kątem wykładni pojęcia „błąd formalny” dojść można do wniosku, że błędy takie nie wpływają na zawartość treściową oferty i mówić o nich można, gdy oferta nie odpowiada przyjętemu przez zamawiającego szablonowi, np. nie jest sporządzana na przygotowanym przez zamawiającego formularzu, niemniej jednak zawiera wszystkie wymagane przez zamawiającego elementy (wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r., KIO 2903/12, wyrok KIO z dnia 18 października 2012 r., KIO 2146/12). Przykładem błędu o charakterze formalnym może być: brak numeracji stron, błędne podpisanie liczby stron oferty, brak parafy, brak trwałego spięcia oferty itp.

Skoro, jak już wskazano powyżej, deklaracja Odwołującego jest elementem treści oferty i podana została w sposób, który nie pozwala na weryfikację przez Zamawiającego parametru gwarantowanego zużycia paliwa w sposób zgodny z zapisami SIWZ, a co za tym

idzie wpływa na zawartość treściową oferty, uznać należy, że niezgodność oferty dotyczy jej treści merytorycznej a nie formalnej.

Na marginesie tylko, Przystępujący pragnie zwrócić uwagę, że odmiennie niż sugeruje to Odwołujący, forma przedstawienia treści oferty nie jest bez znaczenia dla oceny jej zgodności z treścią SIWZ. Wniosek taki można wysnuć z analizy bogatego w tym zakresie orzecznictwa KIO. W wyroku z dnia 6 marca 2013 r., wydanym w sprawie o sygnaturze akt KIO 401/13 Izba stwierdziła, że „można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego)”. W podobnym tonie wypowiedziała się Izba w orzeczeniu z dnia 8 maja 2012 r., sygnatura akt KIO 812/12, gdzie stwierdzono, że „ta przesłanka odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. - przypis autora) powszechnie interpretowana jest przede wszystkim jako niezgodność w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. W zakresie zastosowania tej przesłanki mieści się jednak szersze spektrum sytuacji, w których można jednoznacznie stwierdzić, że złożona oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków, gdyż jest sporządzona odmiennie niż wymagały tego postanowienia specyfikacji istotnych warunków. Oczywiście nie chodzi tu o postanowienia dotyczące kwestii czysto porządkowych, takich jak numeracja stron, układ graficzny, użycie formularzy przygotowanych przez zamawiającego itp. Od takich postanowień należy jednak odróżnić postanowienia specyfikacji istotnych warunków o charakterze przede wszystkim formalnym, które jednak mają również decydujące znaczenie dla ukształtowania materialnej treści oferty. Zamawiający ma prawo bowiem zażądać przygotowania żadanego zakresu informacji w takim układzie i zakresie, który umożliwi mu zweryfikowanie merytorycznej zgodności treści oferty z opisem przedmiotu zamówienia. Jest to szczególnie uzasadnione przy skomplikowanym przedmiocie zamówienia”. Orzeczenie to dobitnie pokazuje, że w pewnym zakresie istotna jest nie tylko sama treść deklaracji ale także i sposób jej przedstawienia. Sposób, który zgodnie z wymaganiami Zamawiającego pozwoli na zweryfikowanie merytorycznej treści oferty.

ad b) Istotność parametru gwarantowanego zużycia paliwa. Jak już sygnalizowano powyżej, z analizy SIWZ jasno wynika, że parametr zużycia paliwa jest dla Zamawiającego istotny. Wniosek ten wypływa nie tylko z faktu nadania parametrowi gwarantowanego zużycia paliwa rangi kryterium oceny ofert, ale także z faktu, że wartość ta będzie mieć istotny wpływ na wysokość ewentualnych kar umownych naliczonych przez Zamawiającego

po okresie roku eksploatacji pojazdów stanowiących przedmiot zamówienia. Zgodnie bowiem z treścią pkt 1.6.5. załącznika Nr 1 do SIWZ w przypadku uzyskania przez Zamawiającego rzeczywistego zużycia paliwa na sieci linii komunikacyjnych, obliczonego za okres 12 miesięcy eksploatacji (począwszy od drugiego miesiąca po zakończeniu dostawy autobusów danego typu), jako średnia dla wszystkich autobusów danego typu, stanowiących przedmiot zamówienia, większego niż zadeklarowana w ofercie

gwarantowana wielkość zużycia paliwa, Zamawiający będzie miał prawo do wystąpienia o wykonanie testu sprawdzającego. Uzyskanie w wyniku testu sprawdzającego, to jest testu typu SORT 2, wykonanego dla losowo wybranego autobusu danego typu, faktycznej wielkości zużycia paliwa większej od gwarantowanej, będzie skutkowało naliczeniem przez Zamawiającego odpowiedniej kary umownej. Kara umowna naliczana zostanie odpowiednio do przekroczenia gwarantowanej wielkości zużycia paliwa, dla wszystkich autobusów danego typu.

Szczególnie istotne jest to, że wysokość naliczanej w powyższym przypadku kary umownej może być znaczna. Zgodnie bowiem z treścią § 2 ust. 3.5. umowy serwisowej stanowiącej załącznik Nr 7 do SIWZ w przypadku przekroczenia gwarantowanej wielkości zużycia paliwa Zamawiający uprawniony będzie do naliczania kary umownej w wysokości 8,30 zł za każdy liter przekroczenia na 100 km dla przebiegu wynoszącego 300.000 km. Oznacza to, że w przypadku gdy wysokość zużycia paliwa uzyskana w teście sprawdzającym przekroczy wartość zadeklarowaną przez wykonawcę o 1 liter na 100 km, będzie on zobowiązany do zapłaty kary umownej w wysokości aż 1.170.300,00 zł za każdy liter przekroczenia (8,3 zł x 3000 x 47 pojazdów). Jest to więc kara bardzo wysoka w szczególności biorąc pod uwagę, że poziom spalania uzyskany w teście sprawdzającym może się różnić od zadeklarowanego o więcej niż jeden liter, co wielokrotnie wysokość naliczonej kary umownej. Ryzyko to nabiera szczególnego znaczenia w obliczu wskazanych w pkt 1.6.5. załącznika Nr 1 do SIWZ minimalnych i maksymalnych wartości zużycia paliwa w latach 2011 i 2012 przez eksploatowane przez Zamawiającego autobusy, które to wartości wynoszą odpowiednio od 52,3 do 57,5 l/100 km w roku 2011 oraz od 52,2 do 56,8 l/100 km w roku 2012. Oznacza to bowiem, że wykonawcy w niniejszym postępowaniu złożyli swoje deklaracje na poziomie wartości minimalnych średniego zużycia paliwa w latach 2011 i 2012, a więc dotrzymanie gwarantowanego parametru może okazać się trudne. Wykonawcy przygotowując swoje oferty musieli zatem tak dobrać parametr zużycia paliwa aby uzyskać jak największą liczbę punktów w trakcie badania ofert, przy optymalnym doborze ryzyka związanego z naliczeniem kary umownej z tytułu przekroczenia zadeklarowanego zużycia paliwa. Jak łatwo się domyśleć deklaracje wykonawców w zakresie tego parametru są więc „na granicy”, a co za tym idzie naliczenia wskazanej kary

umownej nie można wykluczyć. Z jednej strony jest zatem w interesie Odwołującego, jak też każdego innego wykonawcy, zadeklarowanie parametru na niskim poziomie aby uzyskać jak największą liczbę punktów, z drugiej jednak strony wiąże się to ze wzrostem ryzyka naliczenia kary umownej, co skłaniać powinno wykonawców do deklarowania tego parametru na odpowiednio bezpiecznym poziomie.

W rozdziale 13 Specyfikacji Zamawiający opisał jakie kryteria oceny ofert będą stosowane i w jaki sposób kryteria te przełożą się na liczbę przyznawanych w trakcie oceny ofert punktów. Zgodnie z pkt 2.10 SIWZ oferta z najniższą zadeklarowaną wartością zużycia paliwa otrzyma maksymalną liczbę 6,5 pkt. Pozostałe oferty, mieszczące się w przedziale od oferty zawierającej deklarację z najniższym zużyciem paliwa do wartości najniższej powiększonej o 10% uzyskają liczbę punktów obliczoną proporcjonalnie, według wzoru wskazanego w SIWZ.

Biorąc pod uwagę, że ceny oferowanych na rynku autobusów są nie tylko do siebie zbliżone ale też często kształtowane na granicy rentowności realizacji kontraktu, co nie pozwala na dalsze operowanie tym kryterium, szczególnego znaczenia nabierają inne kryteria oceny ofert, takie jak właśnie poziom zużycia paliwa. Co więcej, z treści pisma Zamawiającego z dnia 26 lipca 2013 r. wynika, że zadeklarowane przez wykonawców parametry zużycia paliwa także były do siebie zbliżone. Oznacza, że o wygranej w przetargu przesądzić mogły wartości dziesiętne deklarowanego zużycia. Wartości, których Odwołujący nie podał deklarując ten parametr w formie liczb całkowitych.

ad. c) Nieusuwalny charakter niezgodności. W ocenie Przystępującego niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ ma charakter nieusuwalny. Przede wszystkim, możliwość uzupełnienia oświadczenia w zakresie zużycia paliwa oferowanych autobusów już po terminie otwarcia ofert stanowiłaby naruszenie art. 7 ust. 1 PZP ponieważ doprowadziłaby do nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu. Możliwość ingerowania w parametr, który zgodnie z treścią Specyfikacji stanowi jedno z kryteriów oceny ofert, w sytuacji, gdy dany wykonawca zna już oferty konkurentów, stworzyłaby

możliwość operowania ofertą w sposób pozwalający albo na zwiększenie szans wygrania w przetargu, albo na minimalizację ryzyka naliczenia przez Zamawiającego kary umownej. Wykonawca mógłby bowiem ocenić jak jego oferta wypadła na tle ofert konkurentów i na tej podstawie odpowiednio doprecyzować zadeklarowany parametr zużycia paliwa,

Po drugie, z treści złożonego odwołania wynika, że złożenie deklaracji gwarantowanego zużycia paliwa z dokładnością do liczb całkowitych było przez Odwołującego zamierzone. Wynika to chociażby ze stwierdzenia: „gwarantowana przez Odwołującego wielkość zużycia paliwa wynosi dokładnie 51 l/100 km i nie przekracza tej

wartości ani o jedną dziesiątą, ani o jedną setną czy jedną tysięczną. Stąd też w ofercie posłużono się sformułowaniem 51 l/100 km jako tożsamym ze sformulowaniem 51,0 l/100 km”.

W świetle orzecznictwa KIO, aby można było uznać niezgodność oferty z treścią specyfikacji jako omyłkę, niezbędne jest ustalenie, że działanie wykonawcy miało charakter omyłkowy, niecelowy. Jak dobitnie wskazała Izba w orzeczeniu z dnia 10 stycznia 2012 r., sygnatura akt KIO 2749/11, w treści art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP chodzi o „błąd niezamierzony w tym sensie, że składający oświadczenie objęte ofertą zamierza i chce złożyć je zgodnie z treścią wymagań SIWZ, ale na skutek błędnego ich odczytania, składa w rezultacie oświadczenie o treści odmiennej niż zamierzona, nie zdając sobie nawet z tego sprawy”. Podobne stanowisko prezentowane jest w innych orzeczeniach KIO: z dnia 26 września 2011 roku, sygnatura akt KIO 1980/11; z dnia 12 marca 2012 roku, sygnatura akt KIO 429/12. Skoro więc działanie Odwołującego miało charakter celowy, niezgodności jego oferty z treścią SIWZ nie można uznać jako omyłki i na tej podstawie skorygować.

Ponadto, granice dopuszczalnej ingerencji w treść oferty wyznaczone zostały w art. 87 ust. 2 PZP. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający poprawia w ofercie:

- a) oczywiste omyłki pisarskie,
- b) oczywiste omyłki rachunkowe z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- c) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W ocenie Odwołującego, niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ nie może zostać zakwalifikowana ani jako oczywista omyłka pisarska, ani oczywista omyłka rachunkowa, ani inna omyłka polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W kwestii interpretacji pojęcia oczywistej omyłki pisarskiej wielokrotnie wypowiadał się Zespół Arbitrów oraz Krajowa Izba Odwoławcza. Tak np. w wyroku z dnia 7 kwietnia 2005 r., UZP/ZO/0-611/05, LEX nr 179370, wskazano, iż: „Istotą uznania dokonanej omyłki za oczywistą jest możliwość jej stwierdzenia bez specjalistycznej wiedzy oraz jej bezsporność. (...) Oczywistość omyłki powoduje też, że natychmiast niewątpliwie jest, jaka powinna być treść konkretnego zapisu”. W wyroku z dnia 3 października 2006 r., UZP/ZO/0-2555/06, LEX nr 213491, Zespół Arbitrów stanął na stanowisku, iż: „Za oczywistą omyłkę pisarską w świetle art. 87 PZP uznać należy uchybienia o charakterze oczywistym, których poprawienie z jednej strony nie może prowadzić do zmiany oferty, z drugiej zaś muszą one być widoczne na pierwszy rzut oka bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy ustaleń (W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych

Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV). Z kolei za oczywistą omyłkę rachunkową należy uznać błąd popełniony przez wykonawcę w obliczeniach, polegający na otrzymaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, który da się poprawić wyłącznie w jeden sposób (W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak ...). Jest oczywistym, że w świetle przywołanego stanowiska doktryny, ale także ze względu na podstawowe zasady logiki, niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ nie może zostać zakwalifikowana jako oczywista omyłka pisarska czy rachunkowa. Nie jest bowiem możliwe poprawienie oferty przez samego Zamawiającego, skoro nie dysponuje on w ogóle niezbędnymi ku temu danymi.

W ocenie Odwołującego, niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ nie

może zostać także zakwalifikowana jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Wniosek odmienny sprzeczny byłby z licznymi orzeczeniami Izby w tym zakresie. W szczególności zaznaczyć należy, że z orzecznictwa KIO wywnioskować można następujące warunki dokonywania zmian w ofercie:

1. zmiana nie może być istotna - warunek ten wynika wprost z brzmienia przepisu art. 87 ust. 2 PZP i wielokrotnie potwierdzany był także przez orzecznictwo KIO. Wskazać tu można chociażby takie orzeczenie jak wyrok z dnia 1 lutego 2011 r. KIO 126/11, w którym Izba uznała, że jako nieistotne można uznawać omyłki, które nie dotyczą podstawowego aspektu oferowanego świadczenia, lecz świadczeń obocznych lub wręcz akcesoryjnych. Warunek istotności potwierdzony został także w takich orzeczeniach jak: KIO/UZP 1026/09, KIO/UZP 1478/10, KIO/KD 74/10.

2. Wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty nie może prowadzić do uzupełnienia oferty o informacje, które pierwotnie nie zostały ujęte w ofercie w kontekście zmiany zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Do wniosku takiego doszła Izba w wyroku z dnia 20 sierpnia 2009 r., KIO/UZP 1026/09. Stanowisko to znalazło potwierdzenie w wyrokach Izby: KIO/UZP 1026/09, KIO/UZP 1478/10, KIO/UZP 2489/10, KIO/UZP 2647/10.

3. Wyjaśnienia wykonawców nie stanowią treści oferty - Wniosek ten wypływa z analizy orzeczenia KIO z dnia 20 stycznia 2011 r., KIO 53/11. Zgodnie z tym wyrokiem wyjaśnienia składane przez wykonawców nie mogą zmienić treści oferty i nie stanowią treści ofert.

4. Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności - wniosek taki wypływa wprost z orzeczeń Izby: KIO 2706/10, KIO 270/11; KIO 275/11.

Analizując powyższe orzeczenia w zakresie warunków, których spełnienie uprawnia

20

Zamawiającego do poprawienia oferty wykonawcy, dojść trzeba do wniosku, że brak w ofercie Odwołującego nie mogły zostać usunięte w oparciu o treść art. 87 ust. 2 pkt. 3 PZP.

Wskazane warunki nie zostały bowiem spełnione. Przede wszystkim, jak już wskazano, ewentualna zmiana dotyczyłaby istotnych elementów oferty Odwołującego, a więc parametru zużycia paliwa przez oferowane pojazdy. Istotność tych elementów potwierdza treść SIWZ oraz ich doniosłość dla ewentualnej odpowiedzialności z tytułu kar umownych, co wskazano już powyżej. Dodatkowo podkreślić należy, że dane których uzupełnienia żąda Odwołujący doprowadziłyby do uzupełnienia oferty o informacje, które pierwotnie nie zostały ujęte w ofercie. Jak już bowiem wskazano, nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego, że sprowadzenie wartości zużycia paliwa do liczb całkowitych, tj. do wartości 51 l/100 km w sposób oczywisty oznacza, że parametr ten wynosi 51,0 l/100 km. Wartość ta może się bowiem mieścić w przedziale liczb od 50,5 do 51,4 l/100 km, a więc określenie zużycia paliwa z dokładnością do 1 miejsca po przecinku wymagałoby nieuprawnionego uzupełnienia oferty Odwołującego o informacje w niej nie zawarte.

Także pozostałe warunki kwalifikowania braków oferty jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty nie zostały spełnione. W szczególności Zamawiający nie dysponował żadnymi informacjami na temat parametru zużycia paliwa z dokładnością do 1 miejsca po przecinku, a co za tym idzie nie mógł samodzielnie dokonać zmiany w tym zakresie.

Na koniec Przystępujący pragnie zwrócić uwagę na niecelowość podnoszonego przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 87 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty. W świetle przywołanego przepisu art. 87 ust. 1 PZP w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, co do zasady dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. W niniejszym postępowaniu jedyna możliwość dozwolonej ingerencji w treść oferty związana jest z uznaniem niezgodności jako omyłki, biorąc jednak pod uwagę, że kwalifikacja taka byłaby nieuprawniona, ewentualne wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień byłoby bezcelowe, jak bowiem wynika z treści złożonego odwołania uzupełnienie

oferty stanowiłoby nieuprawnioną ingerencję w jej treść, a co za tym idzie było sprzeczne z przywołanymi przepisami."

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Solaris Bus & Coach S. A. do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego, uznając że wykazał on interes w popieraniu stanowiska zamawiającego na rzecz utrzymania w mocy czynności wyboru

21

złożonej oferty do realizacji zamówienia.

Zamawiający w dniu 13 sierpnia 2013 r. przedłożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania z następujących względów: „W trakcie czynności badania ofert Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na niezgodne z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: Siwz) złożenie deklaracji w zakresie zużycia paliwa oferowanych przez Odwołującego autobusów. Działanie Zamawiającego uznać należy za w pełni uzasadnione i zgodne z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 - tekst jednolity - dalej PZP). Zarzuty podniesione przez Lider Trading Spółka z o.o. w odwołaniu z dnia 1 sierpnia 2013 r. są całkowicie bezzasadne pod względem prawnym i faktycznym, a przedmiotowe odwołanie powinno zostać oddalone w całości.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w. zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w. zw. z art. 91 ust. 1 PZP oraz naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w. zw. z art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 PZP. Postawione zarzuty należy uznać je za niezasadne i podlegające oddaleniu. W ocenie Zamawiającego, jego działania nie tylko były uprawnione ale i konieczne z uwagi na treść przywołanych wyżej przepisów.

Określenie gwarantowanej wartości zużycia paliwa z dokładnością do jednego miejsca po przecinku jest niezwykle istotne dla prowadzonego postępowania. Zamawiający, niezależnie od podania tego wymogu w treści specyfikacji (pkt. 1.6.5 załącznika nr 1 do Siwz lub § 2 pkt.3 załącznika nr 7 do Siwz), działając z należytą starannością, umieścił go również w samym formularzu ofertowym „należy podać gwarantowaną wielkość zużycia paliwa ... z dokładnością do 1 miejsca po przecinku".

Z treści pkt. 2.10. Siwz, w którym podano opis kryterium „zużycie paliwa i emisja CO₂" wynika, że Zamawiający przewiduje maksymalną różnicę pomiędzy ofertami nie więcej niż + 10% od wartości minimalnej. W rzeczywistości wartości podane w ofertach różnią się dużo mniej, w niniejszym postępowaniu wynosiły 51? (oferta odrzucona); 51,3 i 52,4 l/100km. Różnica w zużyciu paliwa nawet o 0,1 l/100km, przy wadze kryterium 6,5% może decydować o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Oferenci mieli w sposób bardzo rozważny określić gwarantowaną wartość zużycia paliwa w oparciu o wiedzę o warunkach eksploatacji u Zamawiającego oraz wyniki testu SORT 2 zużycia paliwa zgodnie z wymaganiami ustalonymi przez UITP. Im ta wartość będzie niższa tym ich oferta będzie korzystniejsza podczas oceny ofert. Jednocześnie gwarantowana wartość zostanie zweryfikowana w eksploatacji na zasadach określonych § 2 pkt. 3 załącznika nr 7 do Siwz z konsekwencją naliczenia kar umownych. Im gwarantowana wartość zużycia paliwa będzie wyższa tym prawdopodobieństwo naliczenia kar umownych

22

lub wartość kary będzie mniejsze. Obliczona wartość kary w tym postępowaniu dotyczy przekroczenia zużycia paliwa ustalonego z dokładnością do 1 miejsca po przecinku i wynosi 1.170.300 zł za każdy litr przekroczenia gwarantowanej wielkości zużycia paliwa, tj. 117.030 zł (sto siedemnaście tysięcy trzydzieści zł) za każde 0,1 l/100 km. Z powyższego obliczenia wysokości kary umownej wynika jak duże znaczenie ma precyzyjne, zgodnie z wymaganiami specyfikacji, określenie wartości gwarantowanej zużycia paliwa z dokładnością do jednego miejsca po przecinku. W takiej sytuacji niedopuszczalne jest jakiegokolwiek domniemanie gwarantowanej wartości zużycia paliwa.

Niedopuszczalną jest sytuacja sugerowana przez Odwołującego, prowadzenia po złożeniu ofert negocjacji pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym dotyczących gwarantowanej wartości zużycia paliwa (niezgodnie z art. 87. ust. 1). Można sobie wyobrazić sytuację, że Odwołujący po zapoznaniu się z treścią innych ofert będzie wpływał na ustalenie gwarantowanej wartości zużycia z dokładnością do jednego miejsca po przecinku w taki sposób, że jego oferta uzyska wystarczającą liczbę punktów jako oferta najkorzystniejsza i

jednocześnie zminimalizuje ryzyko zapłacenia kar.

Matematyka może zostać użyta jako narzędzie do opisu rzeczy, w naszym przypadku do opisu przedmiotu zamówienia. Ważne jest jakich narzędzi używa się do opisu jakich rzeczy. Można zgodzić się z Odwołującym, że wartość podana w postaci liczby całkowitej jest równoznaczna z wartością podaną w postaci liczby rzeczywistej, ale tylko do opisu rzeczy policzalnych. Przykładowo gdyby zamawiający wymagał zamontowania 12 przycisków STOP na poręczach to podanie, że ich jest 12 lub 12,00 jest równoznaczne, nie występuje ułamkowy przycisk. Gdyby zamawiający wymagał podania powierzchni autobusu dla pasażerów stojących, to ta przykładowa powierzchnia nie ma cechy policzalnej i jej opisem matematycznym nie są liczby całkowite. Biorąc pod uwagę możliwości techniczne pomiaru można ją wyrazić w postaci liczby całkowitej z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Nie występuje powierzchnia o wartości 18 lub 19 m², ale wiele wartości pomiędzy tymi liczbami całkowitymi, np. 18,34 m².

Gwarantowane zużycie paliwa ma następujące cechy: Jest to wartość gwarantowana, w postaci oświadczenia woli, że oferowane autobusy nie zużyją więcej paliwa na liniach komunikacyjnych eksploatacji u Zamawiającego niż wartość gwarantowana. Z tego punktu widzenia może być ona opisana matematycznie w dowolny sposób np. przez liczbę całkowitą „51” lub np. niewymierną „16,23 π .”

Gwarantowane zużycie paliwa podlega weryfikacji poprzez ocenę zużycia w eksploatacji i ewentualnie poprzez wykonanie testu wg określonej procedury. Biorąc pod uwagę opis procedury UITP SORT 2, dokładność zastosowanych do pomiaru urządzeń pomiarowych,

doświadczenie jednostek pomiarowych można stwierdzić, że osiągalna jest dokładność do jednego miejsca po przecinku tj. 0,1 l/100km i taka dokładność jest wystarczająca i akceptowana przez Zamawiającego. Z taką dokładnością zostały wykonane pomiary przez jednostki badawcze wg dokumentów załączonych do ofert, w tym do oferty Odwołującego. Ze względu na przewidywaną weryfikację gwarantowanej wartości przez pomiar

sposób oceny ofert i określając Zamawiający uporządkował rozliczenia umowy

jednoznacznie opis matematyczny gwarantowanej wartości zużycia paliwa.

Zamawiający mógłby poprawić omyłkę w przypadku podania zużycia z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku stosując np. ogólne zasady zaokrąglania wartości. Dla wartości przedstawionej w postaci liczby całkowitej, podczas gdy wymagana była liczba rzeczywista z dokładnością do jednego miejsca po przecinku oraz opis matematyczny dotyczący wartości mierzonej, równoważnymi wartościami do wartości wyrażonej przez liczbę całkowitą jest dziesięć wartości odpowiednio po przecinku ,5; ,6; ,3; ,4; co wynika z ogólnych zasad zaokrąglania, o czym poniżej. Nie jest możliwe jednoznaczne określenie wartości mierzonej opisanej z mniejszą dokładnością niż wymagana.

Równowartość matematyczna wartości liczbowej zużycia paliwa określonej jako „51”.

Zgodnie z zasadami matematyki zapis liczby całkowitej 51 nie jest równoważny zapisowi liczby rzeczywistej opisującej wyniki pomiaru wielkości fizycznej 51,0 lub 51,00, czy 51,000...

Rodzaj i liczba cyfr po przecinku ma istotne znaczenie dla określenia dokładnej wartości liczby. Liczby „51” lub „51,0” lub „51,00” są to różne wartości gdy mówimy o wyniku pomiaru wielkości fizycznej, a nie opisie rzeczy policzalnych.

Równowartość matematyczna liczby wyrażonej jako ułamek dziesiętny wynosi: „51” jest równoważne 50,5; 50,6; 50, 7 ... 50,0 ... 51,3 i 51,4 lub „51” jest równoważne 50,50; 50,51; 50,52 ... 51,48; 51,49 lub „51” jest równoważne 50,500; 50,501; 50,502... 51,498; 51, 499; itp. Inny przykład. Dla ułatwienia prostych obliczeń przyjmuje się wartość stosunek obwodu do średnicy okręgu) jako 3,14. Nie wynika z tego, jak błędnie interpretuje zapisy wartości liczbowych Odwołujący, że wartość π wynosi 3,14000. ... (0). Wartość π jest liczbą niewymierną i wynosi 3,141592654(...). W zależności od potrzeb, tj. niezbędnej dokładności obliczeń, przyjmuje się niezbędną liczbę istotnych cyfr po przecinku np. 5 lub 12, tj. można przyjąć, w celu zwiększenia dokładności obliczeń, że wartość π wynosi np. 3,14159. Wyniki obliczeń będą różne, w zależności od przyjętej dokładności wartości liczbowych parametrów fizycznych czy niewymiernych wartości matematycznych. Podobnie postąpił Zamawiający określając niezbędną do obliczeń, w procedurze oceny ofert i rozliczenia zużycia paliwa w eksploatacji, liczbę cyfr po przecinku. Specyfikacja wymagała określenia gwarantowanej wartości zużycia paliwa z dokładnością do jednego miejsca po przecinku i tak określoną

wartość zużycia paliwa zobowiązany był podać każdy składający ofertę i tylko w takiej sytuacji, gdy wszyscy oferenci dostosują się do zasad zawartych w Siwz, możliwe jest równe traktowanie wszystkich oferentów.

Zamawiający nie może domniemywać jaki błąd popełnił Odwołujący zapisując wartość liczbową zużycia paliwa określoną jako „51”. Sugerowanie, że Zamawiający może odczytywać wartość zużycia paliwa jako wartość większą od wartości 51 lub 51,0, nie zamyka katalogu możliwości popełnienia błędu przez Odwołującego. Poniżej rozważane przez Zamawiającego podczas oceny ofert przykłady interpretacji zapisu wartości zużycia paliwa jako „51”.

Błąd Odwołującego polegał na:

- nie dopisaniu kolejnej cyfry po przecinku. W taki przypadku otrzymamy dziesięć możliwych różnych wartości: 51,0; 51,1; 51,2 ... 51,9
- zaokrągleniu wartości zużycia paliwa podanej jako ułamek dziesiętny np. z nieodpowiedniego oprogramowania arkusza kalkulacyjnego wykorzystywanego podczas sporządzania oferty. W taki przypadku otrzymamy wiele różnych wartości. Zamykając zbiór do wartości wyrażonych z dokładnością do jednego miejsca po przecinku otrzymamy dziesięć możliwych różnych wartości: 50,5; 50,6;51,0
- zlekceważeniu istotności podania wartości zużycia z dokładnością do jednego miejsca po przecinku i przyjął, że zapis „51,0” jest równoważny zapisowi „51”, co, jak Zamawiający wykazał, nie jest prawdą, gdy mówimy o wyniku pomiaru wielkości fizycznej
- nie zapisaniu kolejnej cyfry po cyfrze „5” i przecinka. Faktyczna realna wartość zużycia mogła wynosić w takim przypadku (biorąc pod uwagę jako pomocne załączone do oferty uzyskane wyniki zużycia paliwa w teście SORT 2) np. 50,1 lub 51,1 albo 52,1.

W żadnym innym dokumencie dołączonym do oferty nie została podana gwarantowana przez Odwołującego wartość zużycia paliwa w sposób wymagany przez Zamawiającego. Zamawiający nie jest w stanie w żaden sposób określić, z dokładnością do jednego miejsca po przecinku, gwarantowanej wartości zużycia paliwa. Przykładowe możliwe interpretacje zapisu zostały podane wyżej. Biorąc pod uwagę ów fakt, występują następujące okoliczności:

- wystąpiła niezgodność podanej gwarantowanej wartości zużycia paliwa, nie co do formy, lecz co do merytorycznej zawartości oferty. Wartość „51”, opisująca wyniki pomiaru wielkości fizycznej, nie jest tożsama z „51,0”, istnieje dziesięć równoważnych wartości 50,5; 50,6;51,0 ... 51,3; 51,4.
- zamawiający nie mogąc ustalić prawidłowej gwarantowanej wartości zużycia paliwa również nie mógł uznać podania zużycia paliwa poprzez liczbę całkowitą „51” jako oczywistą omyłkę. Można przyjąć dużą większą liczbę możliwości popełnienia omyłki niż sugerowana

przez Odwołującego tj. tylko przyjęcie jako oczywiste gwarantowanej wartości zużycia paliwa w wysokości „51,0”. Tylko z rozważanych przez Zamawiającego przykładów gwarantowana wartość zużycia paliwa mogła przyjąć wartość od 50,1 do 52,1 l/100 km. Zamawiający nie mógł zastosować czynności określonych w art. 87. ust. 2 pkt. 1 lub 2 ustawy.

- zamawiający nie mógł również uznać podania wartości „51” jako inną omyłkę niepowodującą istotnych zmian w treści oferty i nie mógł wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Istotność określenia gwarantowanej wartości zużycia paliwa z dokładnością do jednego miejsca po przecinku Zamawiający wykazał powyżej. Zamawiający nie mógł zastosować czynności określonych w art. 87. ust. 2 pkt. 3 ustawy.

Jedyną możliwą decyzję jaką mógł podjąć w zaistniałej sytuacji Zamawiający jest uznanie błędu Odwołującego jako nienaprawialnego w świetle obowiązujących przepisów ustawy i odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

Ponadto w dotychczas prowadzonych postępowaniach przetargowych prowadzonych przez Zamawiającego na dostawę autobusów, stosowano taką samą praktykę, a sprawa dokładności informacji w zakresie zużycia paliwa była już przedmiotem orzekania Krajowej Izby Odwoławczej. W sprawie o sygn. KIO/28/11 w wyroku z dnia 20 stycznia 2011 roku Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła: „W odniesieniu do przewidzianego przez zamawiającego sposobu weryfikacji deklarowanej przez wykonawców wielkości zużycia

paliwa i zabezpieczenia podawania rzetelnych danych w tym zakresie, Izba konstatuje, iż rzeczywiście tego typu warunki postawione przez zamawiającego mogą być uznane za niekorzystne dla wykonawców, i z tego też względu nieracjonalne, bo mogące prowadzić do podnoszenia cen ofert przez wykonawców zmuszonych uwzględnić ryzyka związane z jednostkową oceną podawanych przez nich wielkości i przewidywać kompensację kar umownych. Z drugiej strony jednak zamawiający uprawniony jest do oczekiwania, iż wykonawcy w swoich ofertach podadzą rzetelne i sprawdzone dane, za które będą w pełni odpowiadać. Zamawiający ma więc prawo wymagać i spodziewać się, aby żaden autobus w dostarczanej mu flocie nie przekraczał gwarantowanego w ofercie limitu zużycia paliwa na jakimkolwiek etapie i warunkach jego eksploatacji (przynajmniej w warunkach znormalizowanych dla wskazanego testu). To wykonawca posługując się dostępnymi mu danymi oraz własnym doświadczeniem i znajomością swojego produktu jest w stanie określić i przyjąć adekwatną wielkość spalania, którą jego autobusy, sprawne i prawidłowo serwisowane, nie powinny przekroczyć. Ponadto uwzględniając fakt jednostkowości testu spalania oraz okoliczność, że test ten będzie przeprowadzany na pojeździe z przebiegiem 15000-30000 km, wykonawca może podać w ofercie dane uwzględniające odpowiednią tolerancję różnic w zużyciu paliwa w wielkości zabezpieczającej go przed powstaniem kar

umownych. Ryzykiem wykonawców pozostaje czy zagwarantują jak najniższy poziom spalania w celu uzyskania przewagi na etapie oceny ofert polegając przy tym na jakości i stabilności spalania w oferowanych pojazdach, czy też przyjmą odpowiedni margines błędu w tym zakresie, tak aby nie ryzykować dotkliwych kar umownych". Tym samym wskazano zarówno na wagę jak i zasadność oczekiwań Zamawiającego w odniesieniu do podania dokładnych danych w zakresie zużycia paliwa. Jakiegokolwiek działania Zamawiającego odmienne od opisanych powyżej należało więc uznać za niezgodne z zapisami Siwz i niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy PZP i dotychczasowej praktyki.

Izba działając z urzędu - nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o regulację art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania z załącznikami, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego. Izba dopuściła wnioskowane dowody:

- z ofert wykonawców złożonych w postępowaniu na dostawę 36 autobusów miejskich dla zamawiającego nr 96/NT/WM/12, gdzie wykonawcy, w tym odwołujący deklarowali zużycie paliwa z dokładnością do jednego miejsca po przecinku. Dowód potwierdza jedynie tyle, że gdy deklarowana wielkość spalania paliwa, wymagała określenia w oznaczonym postępowaniu z dokładnością wielkości ułamkowej, odwołujący to czynił.

Dalszy dowód wnioskowany przez odwołującego - z oświadczenia z dnia 13 sierpnia 2013 r. Prezesa Zarządu Fabryki Autobusów SOLBUS, potwierdzający podstawy do zadeklarowania w ofercie odwołującego wielkości zużycia paliwa wynoszącej 51 litrów na 100 km.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika - przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Część I SIWZ. Opis przedmiotu zamówienia „Dostawa 47 sztuk fabrycznie nowych autobusów miejskich”.

W załączniku nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia, zamawiający wymagał:

Pkt 1.6.5. aby określona została w ofercie, dla każdego typu oferowanego autobusu, gwarantowana wielkość zużycia paliwa w l/100 km (z dokładnością do 1 miejsca po przecinku), obowiązująca dla każdego autobusu danego typu przez cały okres udzielonej gwarancji jakości na cały autobus, o której mowa w § 2 ust. 1.1.1. załącznika nr 7 do Specyfikacji. Deklarowana w ofercie gwarantowana wielkość zużycia paliwa, powinna być określona na podstawie posiadanych przez wykonawcę testów SORT, przy uwzględnieniu

własnego doświadczenia wykonawcy w tym zakresie. Ww. deklarowana wielkość zużycia paliwa, która powinna być określona dla warunków eksploatacji autobusu zgodnych z wymaganiami określonymi przez UITP dla przeprowadzania testów zużycia paliwa typu

SORT 2, będzie uwzględniona przy ocenie oferty zgodnie z Rozdziałem 13 Specyfikacji, jako osobne kryterium oceny oferty „zużycie paliwa i emisja CO₂”.

W przypadku uzyskania przez Zamawiającego rzeczywistego zużycia paliwa na sieci linii komunikacyjnych, obliczonego za okres 12 miesięcy eksploatacji (począwszy od drugiego miesiąca po zakończeniu dostawy autobusów danego typu), jako średnia dla wszystkich autobusów danego typu stanowiących przedmiot zamówienia, większego niż zadeklarowana w ofercie gwarantowana wielkość zużycia paliwa. Zamawiający będzie miał prawo do wystąpienia o wykonanie testu sprawdzającego.

Uzyskanie w wyniku testu sprawdzającego, to jest testu typu SORT 2, wykonanego dla losowo wybranego autobusu danego typu, faktycznej wielkości zużycia paliwa większej od gwarantowanej, będzie skutkowało naliczeniem przez Zamawiającego odpowiedniej kary umownej. Kara umowna będzie naliczana odpowiednio do przekroczenia gwarantowanej wielkości zużycia paliwa, dla wszystkich autobusów danego typu.

Szczegóły dotyczące warunków wykonania powyższego testu sprawdzającego faktyczną wielkość zużycia paliwa oraz sposobu naliczania i wysokości kary umownej z tego tytułu, zawarte są w § 2 ust. 3 załącznika nr 7 do Specyfikacji.

Informacyjnie Zamawiający podaje, uzyskane w 2011 i 2012 roku, wielkości zużycia paliwa dla sieci obsługiwanych linii komunikacyjnych w Warszawie, dla typów autobusów odpowiadających autobusom, stanowiącym przedmiot zamówienia:

Rok; typ autobusu; poziom emisji; przebieg roczny powyżej [km]; zużycie paliwa [l/100km]

52,3 57,5 2011; przegubowy 18 m; Euro 4 – EEY

26.000.000; min max

52,2 56,8 2011; przegubowy 18 m; Euro 4 – EEY

32.000.000; min max

Rozdział 6 pkt 9 SIWZ. Wykonawca zobowiązany był przedstawić w dokumentach oferty wyniki badań zużycia paliwa dla oferowanego autobusu wg testów SORT opracowanych przez International Association of Public Transport (UITP) i wykonanych przez jednostkę certyfikowaną [l/100-km], które wykonawca wykorzystał do określenia gwarantowanej wielkości zużycia paliwa dla oferowanego autobusu, zgodnie z pkt. 1.6.5 załącznika nr 1 do SIWZ.

W załączniku nr 7 do SIWZ Warunki gwarancji § 2, zamawiający wymagał: Wykonawca określa gwarantowaną wielkość zużycia paliwa dla autobusów, o których mowa w § 1 ust. 1, jako nie większą niż ...l/100 km (z dokładnością do 1 miejsca po przecinku). Wielkość powyższa została określona dla warunków eksploatacji autobusu zgodnych z wymaganiami

ustalonymi przez UITP dla przeprowadzania testów zużycia paliwa typu SORT 2 i jest obowiązująca dla każdego ww. autobusu, przez cały okres udzielonej gwarancji jakości na cały autobus, o której mowa w § 2 ust. 1.1.1.

3.1. W przypadku uzyskania przez Zamawiającego rzeczywistego zużycia paliwa na sieci linii komunikacyjnych, obliczonego za okres 12 miesięcy eksploatacji (począwszy od drugiego miesiąca po zakończeniu dostawy autobusów), jako średnia dla wszystkich autobusów stanowiących przedmiot Umowy, większego niż ww. gwarantowana wielkość zużycia paliwa, Zamawiający ma prawo do wystąpienia o wykonanie testu sprawdzającego, to jest testu typu SORT 2.

3.2. Zamawiający ma prawo do wystąpienia o wykonanie testu sprawdzającego tylko raz w całym okresie udzielonej gwarancji jakości, o której mowa w § 2 ust. 1.1.1. Test zostanie wykonany na losowo wybranym autobusie, przy czym autobus w momencie wykonywania testu musi mieć przebieg od ostatniego przeglądu technicznego nie większy niż 10.000 km. Wybór autobusu oraz sposób przygotowania go do testu musi uzyskać akceptację Wykonawcy.

3.3. Test wykonywany będzie na zlecenie Zamawiającego przez placówkę badawczą upoważnioną do wykonywania badań homologacyjnych pojazdów (autobusów miejskich). Koszt wykonania testu sprawdzającego, o ile potwierdzi on zgodność zużycia faktycznego z gwarantowanym, zostanie pokryty wspólnie, po połowie, przez obie Strony. W przypadku wyniku negatywnego, to jest gdy zużycie faktyczne uzyskane będzie większe od gwarantowanego, cały koszt testu pokrywa Wykonawca.

3.4. Uzyskanie w wyniku wykonanego testu typu SORT 2 faktycznej wielkości zużycia paliwa większej od gwarantowanej, będzie skutkowało naliczeniem przez Zamawiającego

odpowiedniej kary umownej.

3.5. Kara umowna będzie naliczona w wysokości 8,30 złotych, za każdy liter przekroczenia gwarantowanej wielkości zużycia paliwa na 100 km, odpowiednio do uzyskanego w teście ww. przekroczenia, ustalonego z dokładnością do 1 miejsca po przecinku:

3.5.1. dla przebiegu wynoszącego 300.000 kilometrów, to jest odpowiadającego udzielonej gwarancji jakości na cały autobus, o której mowa w § 2 ust. 1.1.1,

3.5.2. dla wszystkich autobusów stanowiących przedmiot Umowy.

W załączniku nr 6 do SIWZ, stanowiącym formularz ofertowy wykonawca zobowiązany był podać - gwarantowana wielkość zużycia paliwa: nie większa niż : l/100 km *(należy podać gwarantowaną wielkość zużycia paliwa, o której mowa w załączniku 1 do SIWZ, pkt 1.6.5. z dokładnością do jednego miejsca po przecinku).*

Rozdział 13 SIWZ. Kryteria oceny ofert:

29

1. Cena oferty – waga 86,
2. Parametry techniczne – waga 7,
3. Ekologia – waga 7. W tym kryterium zamawiający przypisał zużyciu paliwa wagę procentową 6,5%.

Pkt. 2.10. Ocenie podlega zadeklarowana w ofercie gwarantowana wielkość zużycia paliwa. Oferta z najniższą zadeklarowaną wartością zużycia paliwa otrzyma maksymalną liczbę 6,5 pkt. Pozostałe oferty, mieszczące się w przedziale od oferty zawierającej deklarację z najniższym zużyciem paliwa do wartości najniższej powiększonej o 10% uzyskają liczbę punktów obliczoną proporcjonalnie, według wzoru wskazanego w SIWZ.

Termin składania ofert został ustalony do dnia 18 lipca 2013 r.

Oferty złożyli:

- 1) Lider Trading Sp. z o.o. ul. Znana 4B, 01-100 Warszawa, Oddział w Łańcut, ul. Podzwierzyniec 78, 37-100 Łańcut, cena - 62 434 800,00 zł,
- 2) Solaris Bus & Coach Spółka Akcyjna, Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska, cena - 64 602 675,00 zł,
- 3) EvoBus Polska Sp. z o.o. Al. Katowicka 46, 05-830 Wolica, cena - 66 897 732,00 zł

Odwołujący zaoferował autobus marki SOLBUS SM 18 DC83.03. W formularzu oferty podał - gwarantowana wielkość zużycia paliwa: nie większa niż: 51 l/100 km *(należy podać gwarantowaną wielkość zużycia paliwa, o której mowa w załączniku 1 do SIWZ, pkt 1.6.5, z dokładnością do jednego miejsca po przecinku).*

Na stronach 50 - 57 oferty odwołującego zawarte jest sprawozdanie z badań zużycia paliwa dla oferowanego autobusu SOLBUS wg testów SORT 2. Testy zostały wykonane przez Instytut Badań i Rozwoju Motoryzacji Sp. z o.o. Laboratorium Badawcze w Bielsku Białej. Sprawozdanie z dnia 24.04.2012 r. podaje między innymi, średnie zużycie paliwa 52,0 l/100 km.

Protokół z czynności sprawdzania ofert, podaje że komisja przetargowa stwierdziła w dokumentach ofert następujące omyłki:

- w ofercie nr 3 Lider Trading Sp. z o.o. ul. Znana 4B, 01-100 Warszawa, Oddział w Łańcut: „W Formularzu ofertowym na stronie 2 (4 strona oferty), podana została gwarantowana wielkość zużycia paliwa: „51 l/100 km”. Zgodnie z wymaganiami SIWZ, zapisanymi w pkt. 1.6.5 załącznika nr 1 do SIWZ, w Formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ oraz w § 2 ust. 3 projektu Umowy serwisowej stanowiącej załącznik nr 7 do SIWZ, wielkość ta powinna być podana z dokładnością do jednego miejsca po przecinku. Powyższej omyłki nie można potraktować jako „oczywistej omyłki pisarskiej”, ponieważ z żadnego innego dokumentu oferty nie można ustalić, jaka wielkość zużycia

30

paliwa powinna być w tym przypadku przyjęta za prawidłową. Wiedzę o tym, jaka wartość powinna być wpisana w ofercie, przy zastosowaniu zapisu „z dokładnością do jednego miejsca po przecinku”, posiada jedynie Wykonawca składający ofertę. W zależności od mechanizmu powstania omyłki może to być wartość 51,0 lub wartość od 50,6 do 51,4 lub wartość od 51,0 do 51,9 lub nawet wartość 52,1 l/100km.

W załączonym do oferty Sprawozdaniu z badań zużycia paliwa (testy SORT) uzyskane zostały wyniki w zakresie od 51,2 l/100km do 52,9 l/100km [średnia 52,0 l/100km).

Wykonujący badania określił wielkość średniego zużycia paliwa zredukowanego jako $52,0 \pm 0,9$ l/100km. Zgodnie z wymaganiami SIWZ, zapisanymi w pkt. 1.6.5 załącznika nr 1 do SIWZ: „Deklarowana w ofercie gwarantowana wielkość zużycia paliwa, powinna być określona na podstawie posiadanych przez wykonawcę testów SORT, przy uwzględnieniu własnego doświadczenia wykonawcy w tym zakresie”, tak więc Wykonawca mógł zadeklarować w ofercie dowolną wielkość, wg własnego uznania i na własne ryzyko, również wielkość inną niż wynikająca z załączonych testów SORT.

Przedmiotowa omyłka nie spełnia kryteriów i nie może być również uznana za „oczywistą omyłkę rachunkową” ani za „inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodującą istotnych zmian w treści oferty”. Jest to omyłka, której poprawienie może spowodować istotną zmianę w treści oferty, ponieważ gwarantowana wielkość zużycia paliwa jest wykorzystywana przy ocenie oferty w ramach kryterium „zużycie paliwa i emisja CO₂”, czyli ma istotny wpływ na ocenę ofert i wybór oferty z najkorzystniejszej. Deklarowana przez Wykonawcę gwarantowana wielkość zużycia paliwa jest istotnym elementem oferty również z tego powodu, że jej zaniżenie w stosunku do faktycznego zużycia paliwa może spowodować konieczność zastosowania odpowiedniej kary umownej, o której mowa w § 2 ust. 3 projektu Umowy serwisowej stanowiącej załącznik nr 7 do SIWZ, a która byłaby naliczona za cały okres udzielonej gwarancji jakości na autobus (300.000 km).

W związku z powyższym, przedmiotowa omyłka nie może być w żaden sposób poprawiona przez Zamawiającego na podstawie przepisów art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zachodzą tym samym przesłanki do odrzucenia oferty, złożonej przez Lider Trading Sp. z o.o., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Pismem z dnia 26 lipca 2013 r. zamawiający powiadomił o wynikach przetargu, w tym o odrzuceniu oferty odwołującego, podając następujące uzasadnienie tej czynności: „Stosownie do postanowień art. 92 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113 poz. 759 ze zm.), uprzejmie informujemy, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 47 sztuk fabrycznie nowych

autobusów miejskich, wybrano jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez: SOLARIS Bus & Coach SA, ul. Obornicka 46, Bolechowo-Osiedle 62-005 Owińska, z ceną 64.602.675,00 zł. Streszczenie oceny i porównania złożonych ofert stanowi załącznik do niniejszej informacji. Uzasadnienie wyboru: oferta najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp. W postępowaniu odrzucono ofertę firmy Lider Trading Sp. z o. o. w Warszawie, Oddział w Łańcut, ul. Podzwierzyniec 78, 37-100 Łańcut. Podstawa art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. Nr 113 poz. 759 z 2010 roku, ze zmianami). W formularzu ofertowym ww. firmy na stronie 2, podana została gwarantowana wielkość zużycia paliwa: „51 l/100 km”. Zgodnie z wymogami SIWZ, zapisanymi w pkt 1.6.5 załącznika nr 1 do SIWZ, w Formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ oraz w § 2 ust 3 projektu Umowy serwisowej stanowiącej załącznik nr 7 do SIWZ, wielkość ta powinna być podana z dokładnością do jednego miejsca po przecinku. Powyższej omyłki nie można potraktować jako „oczywistej omyłki pisarskiej”, ponieważ z żadnego innego dokumentu oferty nie można ustalić, jaka wielkość zużycia paliwa powinna być w tym przypadku przyjęta za prawidłową.”

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - skoro jego oferta, jako zawierająca korzystniejszą cenę niż wybranego wykonawcy - została odrzucona i nie podlegała ocenie w pozostałych kryteriach. Był zatem uprawniony aby skarżyć - jak dowodził - niezgodne z ustawą Pzp czynności i zaniechania zamawiającego wobec oceny oferty, które godziły w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogły narażać odwołującego na poniesienie szkody.

W myśl postanowień art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę,

jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia tejże przesłanki zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie do odrzucenia oferty. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań

zamawiającego, w szczególności co do przedmiotu, zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, ceny i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości i w sposób zgodny z wymogami zamawiającego (wyrok KIO z dnia 24 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1093/08). W orzecznictwie Izby podkreśla się również, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 § 1 K.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami SIWZ, które przy tym zamawiający podniósł do rangi istotnych postanowień umowy o realizację zamówienia, w tym przypadku dotyczącej dostawy autobusów.

Treść oferty w niniejszym postępowaniu głównie wyznacza zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu umowy zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, przy dotrzymaniu parametrów granicznych, gwarantowanych, w ustalonym terminie i za zaproponowaną cenę.

Nie ulega wątpliwości, że deklarowane zużycie paliwa w oferowanym przez odwołującego autobusie marki SOLBUS (typ/wariant/wersja/nazwa handlowa: SM18DC83.03) należy do przedmiotowo istotnych postanowień oferty, wyznaczonych postanowieniami SIWZ. Dodatkowo, deklarowana wielkość zużycia paliwa podlegała ocenie w kryterium „ekologia” z przynależną jej wagą procentową 6,5%, a więc miała wpływ na wybór oferty.

Zamawiający wymagał przedstawienia wyników testów sprawdzających zużycie paliwa, dla oferowanego autobusu wg metodologii testów SORT 2, opracowanych przez International Association of Public Transport (UITP) i wykonanych przez jednostkę certyfikowaną [l/100-km], które wykonawca wykorzystał do określenia gwarantowanej wielkości zużycia paliwa dla oferowanego autobusu. Zgodnie z pkt. 1.6.5 załącznika nr 1 do SIWZ, zamawiający nie przypisał jednakże tym wynikom decydującego znaczenia, gdyż podane w ofercie zużycie paliwa mogło się opierać na doświadczeniu wykonawcy, co potwierdza przytaczane wyżej brzmienie pkt 1.6.5. załącznika nr 1 do SIWZ - Opisu przedmiotu zamówienia. Wymieniony sposób rozumienia warunku, zamawiający potwierdził też w protokole z posiedzenia komisji przetargowej w sprawie oceny ofert, pisząc że *„Deklarowana w ofercie gwarantowana wielkość zużycia paliwa, powinna być określona na podstawie posiadanych przez wykonawcę testów SORT, przy uwzględnieniu własnego*

doświadczenia wykonawcy w tym zakresie, tak więc Wykonawca mógł zadeklarować w ofercie dowolną wielkość, wg własnego uznania i na własne ryzyko, również wielkość inną niż wynikającą z załączonych testów SORT.”

Odwołujący bezspornie podał zużycie paliwa dla oferowanego autobusu w liczbie całkowitej 51 l/100 km, a nie z wyznaczoną z dokładnością do jednego miejsca po przecinku, stanowi to odstępstwo od wyznaczonego sposobu podania tej wartości, a zarazem sposobu sporządzenia oferty. Instrukcja wyrażenia wartości tegoż elementu była jednoznaczna.

Skoro odwołujący zadeklarował zużycie paliwa w liczbie całkowitej 51 l/100 km, to dla zachowania wymogów formalnych wyznaczonych w SIWZ, winien wpisać w formularzu oferty poprawnie liczbę 51,0 l/100 km.

Nie ma żadnych podstaw, aby przypisywać odwołującemu celowe działanie w pominięciu „zera” po przecinku, skoro nawet podana wartość mogła odbiegać od potwierdzonego sprawozdaniem z badań wyniku testowego zużycia paliwa. Parametr zużycia paliwa miał więc charakter deklaracji i nie musiał być potwierdzony jakimkolwiek

dokumentem (test SORT miał być jedynie pewną podstawą składanej deklaracji). Za w pełni wiarygodny należało przyjąć dowód z oświadczenia z 13.08.21013 r. złożonego przez Prezesa Zarządu Fabryki Autobusów SOLBUS Sp. z o.o., producenta oferowanego w tym postępowaniu przez odwołującego autobusu, z którego wynika, że wskazana w formularzu oferty wartość nie została w żaden sposób zaokrąglona, bowiem nie przewidywały tego postanowienia SIWZ, zatem wskazując w ofercie 51 l/100 km dokładnie taką wartość zaoferował wykonawca. Gdyby intencją producenta i wykonawcy było zadeklarowanie wielkości większej niż 51 l/100 km, w formularzu oferty zostałaby podana odpowiednia wartość np. 51,1 l/100 km, bądź wyższa.

Odmienny sposób przedstawienia w ofercie, gwarantowanego zużycia paliwa na 100 km w oferowanym typie pojazdu - w liczbie całkowitej polega jedynie na tym, że odwołujący w sposób niezamierzony pominął „zero” po przecinku - co spowodowało, że zmieniła się jedynie forma w jakiej ta sama wielkość została wyrażona.

Należało zatem zważyć, jakiego jest to rodzaju odstępstwo, czy kwalifikuje się do poprawy i w jaki sposób.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że postawione w SIWZ wymaganie zostało w złożonej ofercie spełnione. Odwołujący podał, że gwarantowana wielkość zużycia paliwa wynosi 51 l/100 km, co należało i można było odczytywać jako 51,0 l/100 km. Gwarantowana przez odwołującego wielkość zużycia paliwa wynosi dokładnie 51 l/100 km. W ocenie Izby nie ma żadnej merytorycznej różnicy pomiędzy wskazaniem gwarantowanej wielkości zużycia paliwa w sposób, w jaki to uczynił wykonawca w swojej ofercie (51 l/100 km), a

34

sposobem jakiego oczekiwał zamawiający (51,0 l/100 km). Obie te wartości są identyczne i nie ma znaczenia forma w jakiej zostały wyrażone. Sposób odczytywania treści oświadczenia, winien być taki, że wskazanie w ofercie, iż gwarantowana wielkość zużycia paliwa wynosi 51 l/100 km, oznacza, tym samym, że na pierwszym miejscach po przecinku znajduje się „zero.” Gdyby na pierwszym miejscu po przecinku znajdowała się jakakolwiek inna cyfra niż „0,” a tym samym gwarantowana wielkość zużycia paliwa byłaby większa niż 51 l/100 km, to należało założyć, iż znalazłoby to odbicie w ofercie odwołującego. Brak takiego wskazania mógł i powinien być interpretowany tylko w taki sposób, że gwarantowana wielkość zużycia paliwa wynosi dokładnie 51 l/100 km.

Stwierdzona przez zamawiającego rzekoma niezgodność treści oferty odwołującego z treścią SIWZ - w rzeczywistości stanowi niezgodność co do formy, a nie co do merytorycznej zawartości oferty. Tymczasem, skoro obie rozważane wartości - 51 l/100 km oraz 51,0 l/100 km są identyczne, niezależnie do tego w jakiej formie zapisano je w ofercie. Ocena zamawiającego, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, była nieuprawniona.

W nawiązaniu do brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak i utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej niezgodność pomiędzy ofertą a SIWZ, ażeby mogła stanowić podstawę odrzucenia oferty, musi dotyczyć rozbieżności merytorycznych wartości obu tych dokumentów, a zatem nie kwestii formy.

Niezachowanie nałożonych w SIWZ wymagań co do formy oferty (w tym przypadku - co do formy zapisu gwarantowanej wielkości zużycia paliwa) nie mogło zatem stanowić podstawy do odrzucenia oferty odwołującego, nie dotyczyło bowiem odstępstw od strony merytorycznej - wobec wymogów nałożonych postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Za zbyt daleko idące, i nieuprawnione w świetle materiału dowodowego sprawy, Izba uznała forsowane przez zamawiającego i przystępującego tezy, że podana przez odwołującego wartość liczbową gwarantowanego zużycia paliwa w wielkości 51 l/100 km jest wynikiem wyczerpania, przy zastosowaniu zaokrągleń według reguł matematycznych, zatem w rzeczywistości odpowiada spektrum liczb w przedziale od 50,5 do 51,4 l/100 km, a co za tym idzie dookreślenie zużycia paliwa z dokładności do 1 miejsca po przecinku wymagałoby nieuprawnionego uzupełnienia oferty odwołującego o informacje w niej nie zawarte.

Znamienne jest, że zarówno zamawiający jak i przystępujący nie wykluczyli, iżby w deklarowanej przez odwołującego liczbie całkowitej zużycia paliwa „51” l/100 km, nie mogła się mieścić wartość „51,0”. Nie zaprzeczyli też twierdzeniom, że liczba „51” odpowiada

liczbie „51,0” i gdyby nawet doszło do uzupełnienia w taki sposób oferty odwołującego, nie spowodowałby to żadnych zmian w jej treści.

Deklarowana przez wykonawcę wielkość zużycia paliwa na 100 km przebiegu, miała opierać się na jego faktycznych doświadczeniach, a nie wynikać bezpośrednio z przeprowadzonych testów, których sekwencje wyników podlegałyby regułom zaokrągleń. W tych warunkach nie można wykluczyć podania przez odwołującego wykonawcę zużycia paliwa w liczbie całkowitej, gdy wykonawca w praktyce użytkowania oferowanych pojazdów taki dokładny wynik uzyskał i nie wymagał on stosowania zaokrągleń matematycznych, co dodatkowo potwierdziło oświadczenie producenta oferowanego typu autobusów.

Deklarowana wielkość zużycia paliwa, jak wskazuje samo to określenie, mogła stanowić oświadczenie własne wykonawcy, nawet nie wynikające z konkretnego wyliczenia matematycznego. Wskazywana przez zamawiającego okoliczność, iż nie mógł on samodzielnie poprawić stwierdzonej niezgodności, gdyż nie wiedział jaką wpisać pominiętą wartość cyfrową, nie zwalniała zamawiającego od podjęcia możliwych działań w celu wyeliminowania tej niezgodności, przy zastosowaniu wszelkich możliwych mechanizmów, jakie dopuszcza ustawa Pzp. Sposób odczytywania liczby „51”, jako zamiennej z liczbą „51,0”, bez względu na faktyczną możliwość dokonania takiej korekty, nie doprowadza do zmiany treści złożonego przez odwołującego treści oświadczenia woli, nie zmienia się bowiem wartość deklarowanego elementu, a jedynie forma w jakiej została wyrażona.

Nie ulega wątpliwości, że gwarantowana wielkość zużycia paliwa oferowana przez wykonawcę należy do istotnych elementów jego oświadczenia woli, a skoro tak, to nie mogłaby być zmieniana w drodze wykraczającej poza granice poprawiania omyłek, określone przepisem art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Dokonanie takiej poprawy, w inny sposób niż pozostawienie kwestionowanej wartości na dotychczasowym poziomie, było by niedopuszczalne, bowiem ingerowałoby istotnie w treść oferty, stanowiącej przy tym podstawę oceny ofert w jednym z wyznaczonych kryteriów wyboru oferty.

Podana wielkość zużycia paliwa, czego pełną świadomość miał odwołujący, w razie niedotrzymania gwarantowanych parametrów wiązałaby się z naliczeniem znaczących kar umownych dla wykonawcy zamówienia, natomiast każdy wykonawca sam ponosi skutki za swoje zobowiązania. Okoliczność ta potwierdza dodatkowo, że omawiany parametr przynależy do treści oferty, nie eliminuje jednakże możliwości oceny oferty odwołującego w opisany powyżej sposób. Okoliczność przyznaną stanowiło, iż nawet gdyby omawiany parametr był podany w wartości 53,3 l/100 km, nie spowodowałby to zmiany kolejności ofert.

Izba uznała, że nie zachodzą podstawy do angażowania regulacji art. 87 ust. 2 pkt 1,2 czy 3 ustawy Pzp, gdyż stwierdzone w ofercie odwołującego odstępstwo formalne

poprzez przypadkowe opuszczenie liczby „zero,” nie rzutuje w żaden sposób na zmianę podanej wielkości zużycia paliwa, a zatem treść oferty odpowiada treści SIWZ, nawet bez konieczności poprawy.

Biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne i prawne - uwzględnione przez Izbę - należało podzielić stanowisko prezentowane przez odwołującego, że zamawiający w niniejszym postępowaniu uchybił przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych:

a) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez dokonanie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty odwołującego, pomimo iż nie zaistniały przesłanki do podjęcia takiej czynności;

b) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty przystępującego, która nie była najkorzystniejszą według kryteriów,

W następstwie naruszenia przepisów ustawy Pzp wymienionych wyżej, które wykazało istotny wpływ na wynik postępowania, zamawiający naruszył zasady określone w art. 7 ust 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy wyborze oferty.

Izba nie stwierdziła natomiast podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisów Pzp w zakresie:

c) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie przez zamawiającego czynności poprawienia w ofercie odwołującego omyłki polegającej na niewskazaniu wprost, że gwarantowana wielkość zużycia paliwa z

określeniem tego zużycia do jednego miejsca po przecinku wynosi 51,0 l/100 km, gdyż przepis ten nie znajdował zastosowania,

d) naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie przez zamawiającego czynności wezwania odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty poprzez wyjaśnienie czy gwarantowana wielkość zużycia paliwa wynosi 51,0 l/100 km, czy też jest ona większa (po przecinku występuje cyfra większą niż 0), gdyż okoliczności te były możliwe do stwierdzenia przez zamawiającego, w oparciu o deklarowaną *stricto* wartość.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie o czym orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie § 3 pkt 1) i pkt 2) oraz § 5 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....