

Wyrok
z dnia 3 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 3 lutego 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Elblągu Sp. z o.o., al. Grunwaldzka 61, 82-300 Elbląg** w postępowaniu prowadzonym przez **Elbląskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Rawska 2-4, 82-300 Elbląg**.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownego badania i oceny ofert, a w jego wyniku odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Falco M., G. sp. j. z siedzibą w Olsztynie.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Elbląskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Elblągu Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania;

1

2.1 Zasądza od **Elbląskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu** na rzecz **wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Elblągu Sp. z o.o.** kwotę 15 500 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00 gr) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Elblągu**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający: Elbląskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji spółka z o.o. w Elblągu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie Nr 2/ZP-400.460.13-49/2015 na zakup paliw płynnych - część 1 - olej napędowy w okresie 29.01.2016 r. - 31.05.2019 r.

Odwołujący: Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Elblągu spółka z o.o. w Elblągu wniósł odwołanie na czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Falco M., G. sp.j. z siedzibą w Olsztynie.

Czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie :

1. Art. 7 ust. 3 i art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp oraz punktu 9.2 i 10.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 27.11.2015 r. poprzez wykonanie czynności niedopuszczalnej przez ustawę z dnia 29.01.2004 r. prawo zamówień publicznych, a polegającej na dopuszczeniu do oceny oferty nr 1 Falco M. , G. sp.j. z siedzibą w Olsztynie,

w sytuacji gdy cena zawarta w tej ofercie została obliczona niezgodnie z wymogami określonymi w SIWZ, ponieważ w przypadku wyboru wariantu ceny w oparciu o cenę producenta z jego cennika oferent winien dodać do ceny litra oleju z cennika producenta (kol. 3 w tabeli druku oferty) marżę (kol. 4 z tabeli oferty) i suma tych dwóch składników stanowiła cenę za litr oleju napędowego (kol.5 w ofercie), tymczasem oferent dokonał zmiany sposobu obliczenia ceny poprzez wprowadzenie w miejsce wyrazu "marża" pojęcia "opust",

2. art. 89 ust. 1 pkt 1, 7 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp poprzez nieodrzućcenie oferty nr 1 Falco M., G. sp.j. z siedzibą w Olsztynie, w sytuacji gdy oferta ta w zakresie sposobu ustalenia ceny była niezgodna z SIWZ, bowiem cena zawarta w tej ofercie została obliczona niezgodnie z wymogami określonymi w SIWZ, wprowadzona bowiem została przez oferenta zamiana samodzielna w formularzu oferty sposób II - wg ceny producenta - w kolumnie nr 4 wyrazu "marża" na "opust" co doprowadziło za milczącą zgodą Zamawiającego do stworzenia trzeciego sposobu budowy ceny w oparciu o dwa składniki cenę producenta i upust od niej. Działanie takie narusza postanowienia SIWZ, w tym formularza oferty i prowadzi do tego, że przy akceptacji Zamawiającego dochodzi do wyboru oferty wg sposobu ustalenia ceny niezawartego w SIWZ.

Wskazując na zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy - Falco M., G. sp.j. z siedzibą w Olsztynie oraz nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz odrzuceniu oferty Falco sp.j. z siedzibą w Olsztynie.

3

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jego oferta była najkorzystniejszą złożoną w tym postępowaniu przetargowym, albowiem oferta Falco sp.j. z siedzibą w Olsztynie jako niezgodna z ustawą i SIWZ winna być odrzucona, co oznacza, że Odwołujący uzyskałby niniejsze zamówienia, gdyby Zamawiający nie dokonał niezgodnej z prawem czynności opisanych w niniejszym odwołaniu. Sprzeczne z prawem działanie Zamawiającego wykraczające poza zapisy uzp doprowadzić mogą do szkody po stronie Wykonawcy, w postaci nieuzyskania zamówienia.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołania odwołujący wskazał, co następuje.

W dniu 13.01.2016 r. Wykonawca otrzymał pismo Zamawiającego z dnia 13.01.2016 r., w którym zawiadomił on Odwołującego się o wyborze najkorzystniejszej oferty, która to oferta została uznana oferta Falco M., G. sp.j. z siedzibą w Olsztynie. Natomiast oferta Odwołującego się została uznana za drugą. W przetargu brało udział dwóch oferentów.

W niniejszym postępowaniu przetargowym zgodnie z warunkami SIWZ - pkt 9.1

Zamawiający wymagał, aby oferta przez Wykonawcę została złożona na druku oferty zgodnie z pkt 11.1, który stanowił załącznik nr 3 do SIWZ. Zarówno druk oferty, jak i SIWZ w punkcie 10 wprowadzały dwa alternatywne sposoby obliczenia ceny oleju napędowego pierwszy wg ceny z dystrybutora Wykonawcy albo drugi wg ceny producenta paliw (jako cena hurtowa wg jego cennika). W ofercie ceny te i sposób ich obliczenia winny być przedstawione w tabeli przygotowanej przez Zamawiającego. W przypadku wyboru wariantu ceny z dystrybutora oferent winien doliczyć do niej rabat i wówczas otrzymywało się cenę jednostkową za litr, natomiast w przypadku wyboru wariantu ceny w oparciu o cenę producenta z jego cennika oferent winien dodać do ceny litra oleju z cennika producenta (kol. 3 w tabeli) marżę (kol. 4 z tabeli) i suma tych dwóch składników stanowiła cenę za litr oleju napędowego (kol.5). Odwołujący się zaoferował cenę wg ceny producenta tj. wg sposobu II w stawce jednostkowej 3,45 zł/1 powiększając ją o marżę w wysokości 0,04 zł/1, co dało cenę jednostkową z marżą 3,49 zł/1 netto.

Natomiast pierwsza oferta z dnia 29.12.2015 r. złożona przez Falco M., G. sp.j. z siedzibą w Olsztynie zawierała zapisy cenowe w rubrykach dla drugiego sposobu określenia ceny producenta, gdzie w kolumnie 3 jako cenę jednostkową netto producenta wpisano kwotę 3,45 zł/1. Dalej natomiast w tytule kolumny nr 4 oznaczonej w druku oferty jako marża oferent ten wprowadził zmianę i wpisał słowo „opust” wpisując poniżej kwotę 0,05. Dalej zaś w kolumnie nr 5, która stanowiła sumę ceny jednostkowej netto i marży zł/1 wpisał kwotę 3,40.

Wobec takiego zapisu w ofercie spółki Falco Zamawiający pismem z dnia 07.01.2016 r. nr L.dz. 460/26/2016 wystąpił do tego podmiotu w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy pzp m.in. z informacją, że w tabeli formularza oferty będącego kalkulacją ceny oferty na olej napędowy

4

w związku z dokonaną przez Wykonawcę zmianą w opisie kolumny 4 zastąpienie wyrazu „marża „ „opustem” skreślił w kolumnie 5 wyrażenie (kol. 3+4) zastępując zapisem poprawnym (kol. 3 - 4) i poprosił o jego akceptację . Pismem z dnia 07.01.2016 r. spółka Falco zaakceptowała tą zmianę .

Dowód : pismo Zamawiającego z dnia 07.01.2016 r. nr L.dz. 460/26/2016 i odpowiedź z dnia 07.01.2016 r. Falco M., G. sp.j. z siedzibą w Olsztynie do Zamawiającego w dokumentacji postępowania przetargowego Zamawiającego

W ocenie skarżącego dokonana przez oferenta Falco M., G. sp. j. z siedzibą w Olsztynie zmianą w formularzu oferty wyrazu "marża " na "opust" był niedopuszczalna, a uznanie przez Zamawiającego takiego działania oferenta za dopuszczalne wpłynęło na wybór oferty z naruszeniem przepisów ustawy i SIWZ.

Przed wszystkim wskazać należy, że zgodnie ze SIWZ w postępowaniu na zakup paliw płynnych - punktem 11.1 oferta winna zawierać wypełniony i podpisany formularz oferty stanowiący załącznik nr 3 do tej specyfikacji . Również z pkt 9.1 SIWZ wynika, że ofertę należy złożyć na formularzu . Nadto zgodnie z pkt. 9.2 SIWZ Wykonawca nie może ingerować w treść formularzy przygotowanych przez Zamawiającego , a takim jest też druk oferty. Tymczasem w ocenie Odwołującego się spółka Falco dokonała zmiany treści formularza w istotnej części dotyczącej sposobu obliczenia ceny poprzez zmianę drugiego ze sposobów obliczenia ceny ustalonych w druku oferty I w punkcie 10.1 SIWZ przez wprowadzenie w miejsce czynnika cenotwórczego w kolumnie 4 - marży - pojęcia opustu . W ocenie skarżącego zmiana ta nawet za zgodą Zamawiającego jest niedopuszczalna prowadzi bowiem do naruszenia punktu 9.1 i 2 oraz 10.1. SIWZ. Zamawiający jak to wcześniej wskazano dopuścił do dwóch sposobów ustalania ceny za olej napędowy wg cen z dystrybutora i wg cen producenta . Zgodnie z drukiem oferty tylko w przypadku ceny ustalonej z dystrybutora przewidziane było udzielanie rabatu przez oferenta, co wynika z zapisu w kolumnie 4 i 5 tabeli dla sposobu I , natomiast z zapisów dla II sposobu określania ceny wynika, że cenę producenta można było powiększyć jedynie o marżę, co do której zapis jest zawarty w kolumnie 4 i 5 . Natomiast zamiana samodzielna przez spółkę Falco w kolumnie nr 4 wyrazu " marża" na "opust" prowadzi do stworzenia trzeciego sposobu budowy ceny w oparciu o dwa składniki cenę producenta i upust od niej. Działanie takie narusza postanowienia SIWZ, w tym formularza oferty I prowadzi do tego, że przy akceptacji Zamawiającego dochodzi do wyboru oferty wg sposobu ustalania ceny niezawartego w SIWZ, co powoduje, że drugi uczestnik postępowania o zamówienie publiczne jest nierówno traktowany. W sytuacji bowiem, gdyby wiadomym było, że Zamawiający dopuszcza taki sposób ustalania ceny oferta PKS w Elblągu spółka z o.o. w inny sposób ukształtowałaby wysokość ceny i mogłaby być konkurencyjna w stosunku do ceny zaoferowanej przez spółkę

5

Falco. Nadmienić jedynie należy , że z punktu ekonomicznego jest istotna różnica pomiędzy wyrazem marża i upust. O ile ten pierwszy może być dodatni lub wynosić zero, to upust może być ujemny. Pojęcie marży handlowej było chociażby zdefiniowane w ustawie o cenach w art. 3 ust. 1 pkt 6 , gdzie rozumiano ją jako różnicę między ceną płaconą przez kupującego a ceną uprzednio zapłaconą przez przedsiębiorcę, wynikającą z kosztów i zysku przedsiębiorcy; marża handlowa może być wyrażona kwotowo lub w procentach. Prowadzi to do naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy , który wskazuje na to, że to SIWZ zawiera sposób obliczenia ceny, zatem wprowadzenie innego sposobu obliczenia ceny niż określonego w SIWZ jest niedopuszczalne . Oznacza to więc, że treść oferty jest niezgodna z SIWZ , co w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy winno skutkować jej odrzuceniem co więcej można uznać zapisy oferty spółki Falco w zakresie ustalania ceny za błędne w sposobie wyliczenia i to również w świetle punktu 6 powołanego przepisu skutkuje odrzuceniem ceny . Na etapie zapytań oferentów zmiana formularza oferty w zakresie ceny nie była przez Zamawiającego poruszana.

W tej sytuacji zdaniem odwołującego niedopuszczalne było działanie Zamawiającego poprzez sformułowanie do spółki Falco pisma z dnia 07.01.2016 r. , w którym uznał on dokonane przez oferenta zmiany polegające na wprowadzeniu w miejsce wyrazu "marża" wyrazu "opust" za dopuszczalne i uznał w związku z tym za omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy o zamówieniach publicznych zapis w opisie kolumny nr 5 (kol. 3 — 4), działając w trybie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy. Formułując to pismo Zamawiający akceptuje

zmianę w oznaczeniu w kolumnie 4 poprzez wpisanie przez Falco w miejsce wyrazu " marża" " opust" , natomiast z racji tego , że oferent w kolumnie 5 nie zmienił wyrazu marża na opust proponuje taką poprawkę zapisu wraz ze zmianą w tej kolumnie sposobu obliczenia : z " kol 3 + 4" na" kol 3 - 4". Z takiego zapisu w piśmie Zamawiającego wynika, że oferent mógł zmienić zapis w kolumnie 4 formularza samodzielnie, zaś pozostawione zapisy w kolumnie 5 uznał za inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy . Takie działanie Zamawiającego narusza powołany przepis oraz art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy . Poprawa omyłek w obliczeniu ceny powinna uwzględniać określony zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 12 SIWZ opis sposobu obliczenia ceny. Dopiero przeprowadzenie obliczeń z wykorzystaniem podanych w ofercie danych wyjściowych oraz z zastosowaniem wskazanej w SIWZ metodologii i uzyskanie prawidłowego wyniku będzie działaniem w ramach poprawiania omyłek, co w tym przypadku nie ma miejsca . Tymczasem Zamawiający przed poprawieniem omyłki akceptuje w sposób nieuprawniony zmianę zapisów w formularzy oferty w zakresie zasad ustalania ceny oleju napędowego - trzeciego sposobu.

6

Mając na uwadze , że wybór oferty spółki Falco został dokonany z naruszeniem przepisów uzp i SIWZ odwołanie staje się zasadne.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że przedmiotem sporu jest kwestia sposobu obliczenia ceny przez składających oferty. Obaj wykonawcy wybrali metodę II określenia ceny oferty, tzw. „wg ceny producenta”, w której cenę oferty należało ustalić w oparciu o cenę hurtową producenta paliwa (netto za litr) powiększoną o marżę wykonawcy i skalkulować zgodnie z opisem w tabeli formularza oferty (opis sposobu obliczenia ceny oferty określono w pkt 10 siwz).

Falco sp. j. sporządzając ofertę usunęła z opisu w tabeli wyrażenie „marża” i zastąpiła je wyrażeniem „opust”, zaproponowała do każdego sprzedanego litra paliwa opust w wysokości 5 gr (netto) w stosunku do ceny producenta i dokonała następnie stosownych obliczeń w celu ustalenia ceny oferty.

W toku badania ofert zamawiający analizował wszystkie okoliczności także pod kątem ewentualnego odrzucenia ofert określone w art. 89 ust. 1 ustawy pzp.

Ocecił, że udzielenie przez wykonawcę opustu w wysokości 5 gr/l jest tożsame z udzieleniem „marży ujemnej” (-5gr/l), ponieważ przynosi ten sam skutek. Marża ujemna występuje i jest akceptowana w orzecznictwie. Marża może być wartością dodatnią, może być równa zero, może również być wielkością ujemną (czyli rabatem, opustem).

Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, popartym definicją marży handlowej z uchylonej ustawy o cenach, iż istnieje jedynie marża dodatnia lub równa zero. Zamawiający zwraca uwagę, że na potrzeby niniejszego postępowania marża liczona jest jako różnica między ceną sprzedaży paliwa zamawiającemu a ceną hurtową producenta (a nie ceną zakupu paliwa przez wykonawcę od producenta). Z porównania informacji zawartych w piśmie wykonawcy i dołączonej faktury zakupu oraz ceny hurtowej producenta z dnia 1.12.2015 r. publikowanej na stronie internetowej Lotos wynika, że Falco sp. j. uzyskała rabat 16 gr netto na litrze, zatem sprzedając paliwo z opustem proponowanym w złożonej ofercie zarabiałaby.

W świetle przedstawionego stanowiska zamawiający uznaje, że marża ujemna (-5 gr/l) jest tym samym co opust 5 gr/l i odpiera zarzut, że stworzył trzeci sposób budowy ceny oferty; sposoby były dwa: wg ceny z dystrybutora i wg ceny hurtowej producenta. Do ustalenia ceny oferty wykonawcy wykorzystali tabelę „Sposób II”.

Zamawiający zwraca uwagę, że w żadnym punkcie siwz nie wskazano regulacji, że marża musi stanowić wartość dodatnią. Użyte w siwz określenia „powiększona”, „powiększonej” odnoszą się jedynie do sposobu ustalenia ceny (działań matematycznych). Nakazanie wykonawcom, by marża była wartością dodatnią byłoby działaniem zamawiającego na swoją

7

niekorzyść, co oferta Falco sp. J. udowadnia. Za wątpliwy uznano argument odwołującego, że „gdyby wiadomym było, że zamawiający dopuszcza taki sposób ustalania ceny oferta OKS w Elblągu sp. z o.o. w inny sposób ukształtowałby wysokość ceny i mogłaby być

konkurencyjna w stosunku do ceny zaoferowanej przez spółkę Falco". Odwołujący nie zrezygnował z marży, nie ustalił jej również na poziomie 1 lub 2 gr mimo, że mógł przypuszczać, że oferty z takimi marżami wpłyną. Zamawiający zauważył, że wykonawcy nie żądali wyjaśnienia co do sposobu obliczenia ceny.

Zamawiający stwierdził, że nie popełniono błędu w obliczeniu ceny, ponieważ ewentualne przyszłe rozliczenia z wybranym wykonawcą odbywałyby się wg reguły określonej w siwz i ofercie tego wykonawcy. Falco sp. j. skalkulowała cenę oferty analogicznie jak odwołujący z tym, że zaproponowała rabat zamiast narzutu. Oświadczenie woli było świadome i jednoznaczne.

Zamawiający neguje także zarzuty niezgodności oferty z treścią siwz – zamawiający wybierając ofertę otrzymał żądany przedmiot zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, sposobu wykonania, zatem materialny aspekt treści oferty i siwz są tożsame. Dokonana przez Falco sp. J. zmiana w formularzu oferty (skreślenie marży i wpisanie opustu) ma jedynie formalny, nie merytoryczny charakter, zatem nie może przynieść skutku w postaci odrzucenia oferty. Zamawiający stwierdza, że odrzucając ofertę z powodu dokonanej przez wykonawcę zmiany w opisie składnika cenotwórczego wykazałby się nadmiernym formalizmem, na co wskazuje orzecznictwo Izby.

Odnosnie zarzutu dokonania poprawki w ofercie Falco sp. J. przez zamawiającego, wyjaśnił, że skreślenie wyrażenia „(kol. 3+4)” i zastąpienie go zapisem poprawnym „(kol. 3-4)” było konsekwencją dokonanej przez Falco sp. J. zmiany wyrażenia. Zamawiający nadmieniał, że spółka w każdym miejscu oferty wyrugowała termin „marża” zastępując go „opustem” lub pozostawiając tylko zwrot „rabat” (str. 2 oferty – oświadczenie wykonawcy pkt 1 i 2). Dokonała tego również w kolumnie 5 kalkulacji ceny oferty.

W toku rozprawy strony podtrzymały stanowiska.

Odwołujący stwierdził, że nie ma podstaw do zmiany stanowiska po zapoznaniu się z treścią odpowiedzi na odwołanie złożonej przez zamawiającego. Podkreślił znaczenie treści SIWZ, która w zakresie opisu sposobu obliczenia ceny była jednoznaczna. W wybranym przez wykonawców wariantcie sposobu obliczenia ceny, wymogiem było wskazanie wielkości marży. Drugi wykonawca wprowadził bez zgody zamawiającego i bez uprzedniej zmiany treści SIWZ, w miejsce wymaganej marży pojęcie upustu. Czynność ta nie stanowiła błędu,

8

lecz była działaniem zamierzonym, a jednocześnie naruszała postanowienie SIWZ i przepisy wskazane w odwołaniu. Przypomniawszy, iż zgodnie z treścią pkt. 9.2. SIWZ zamawiający sformułował zakaz ingerencji wykonawców w treść formularzy składanych z ofertą. Oceniał, że w wyniku czynności zamawiającego doszło do sformułowania nowej treści oferty. Zauważył, że fakt jednorazowego zakupu paliwa po cenie wskazanej w złożonej z wyjaśnieniami fakturze, nie stanowi dowodu na możliwość stałego korzystania z deklarowanego upustu. Przypomniawszy, że przed terminem składania ofert zamawiający nie dokonywał zmiany treści specyfikacji w spornym zakresie. Gdyby takie nastąpiły, również odwołujący mógłby dokonać kalkulacji ceny w inny sposób, np. podobny do zastosowanego w stosunku do wybranego wykonawcy.

Zamawiający zauważył, że jedynym kryterium wyboru oferty była zaoferowana cena - niezależnie od wielkości poszczególnych składników cenotwórczych. Stwierdził, że cena wyjściowa producenta została obniżona przez wykonawcę wobec możliwości uzyskania towaru w cenie niższej niż cena hurtowa producenta. W tym postępowaniu wybrany wykonawca wykazał realną cenę, niższą od ceny hurtowej, a jednocześnie niższą od oferowanej przez konkurenta, który pozyskuje paliwo od tego samego dostawcy. Wyjaśnił, że w załączonej do pisma wybranego wykonawcy z 7 stycznia 2016 r. kopii faktury z dnia 2 grudnia 2015 r. dotyczącej sprzedaży z dnia 1 grudnia 2015 r., wskazano dla paliwa Eurodiesel cenę 3.198 zł. Natomiast w tej samej dacie hurtowa cena producenta wynosiła 3.360 zł, co zostało wskazane przez obie strony w załącznikach do SIWZ (oferta). Powyższe potwierdza, że wykonawca ma możliwość nabycia paliwa w cenie niższej od ceny hurtowej producenta. Przypomniawszy, że cena hurtowa producenta jest ceną wyjściową. Natomiast ocenie i porównaniu poddawano zaoferowaną cenę ostateczną. Stwierdził, że cena ostateczna nie musi być wyższa od ceny wyjściowej producenta, a jej wielkość jest wynikiem relacji handlowych.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i treści oferty złożonej przez odwołującego oraz stanowisk stron zaprezentowanych na piśmie oraz w toku rozprawy skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył, co następuje.

Na wstępie Izba stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz

9

poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, który stwierdził, że po otrzymaniu wyjaśnień od wykonawcy i wprowadzeniu zmian w formularzu oferty doszło do zgodności treści oferty z treścią siwz.

W niniejszym postępowaniu przetargowym zgodnie z warunkami SIWZ - pkt 9.1

Zamawiający wymagał, aby oferta przez Wykonawcę została złożona na druku oferty zgodnie z pkt 11.1, który stanowił załącznik nr 3 do SIWZ. W ofercie ceny należało przedstawić w tabeli przygotowanej przez Zamawiającego. Zarówno wybrany wykonawca jak i odwołujący się zaoferowali cenę w oparciu o cenę wyjściową producenta tj. wg sposobu II. Niesporne jest, że oferta złożona przez Falco M., G. sp.j. z siedzibą w Olsztynie zawierała zapisy cenowe w rubrykach dla drugiego sposobu określenia ceny producenta, gdzie w kolumnie 3 jako cenę jednostkową netto producenta wpisano kwotę 3,45 zł/l. Dalej natomiast w tytule kolumny nr 4 oznaczonej w druku oferty jako marża oferent ten wprowadził zmianę i wpisał słowo „opust” wpisując poniżej kwotę 0,05. Dalej zaś w kolumnie nr 5, która stanowiła sumę ceny jednostkowej netto i marży zł/l wpisał kwotę 3,40. Wobec takiego zapisu w ofercie spółki Falco Zamawiający wystąpił do tego wykonawcy w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy pzp m.in. z informacją, że w tabeli formularza oferty będącego kalkulacją ceny oferty na olej napędowy w związku z dokonaną przez Wykonawcę zmianą w opisie kolumny 4 zastąpienie wyrazu „marża „ „opustem” skreślił w kolumnie 5 wyrażenie (kol. 3+4) zastępując zapisem poprawnym (kol. 3 - 4) i poprosił o jego akceptację, którą to akceptację uzyskał.

W ocenie składu orzekającego Izby dokonana przez oferenta Falco M. , G. sp.j. z siedzibą w Olsztynie zmianą w formularzu oferty wyrazu "marża " na "opust" była niedopuszczalna, zwłaszcza w świetle jednoznacznego zapisu pkt 9.2 zdanie drugie o treści: „Wykonawca nie może ingerować w treść formularzy przygotowanych przez Zamawiającego i składanych z ofertą”. W konsekwencji uznanie przez Zamawiającego takiego działania oferenta za dopuszczalne stanowiło naruszenie przepisu o koniecznej zgodności treści oferty z treścią siwz. Izba uznaje za uzasadnioną ocenę Odwołującego, iż spółka Falco dokonała zmiany treści formularza w istotnej części dotyczącej sposobu obliczenia ceny poprzez dokonaną zmianę przez wprowadzenie w miejsce czynnika cenotwórczego w kolumnie 4 - marży - pojęcia opustu. Taka zmiana nawet dokonana za zgodą Zamawiającego doprowadziła do naruszenia punktu 9.1 i 2 oraz 10.1. SIWZ o jednoznacznej treści. Działanie takie narusza postanowienia SIWZ, w tym formularza oferty i prowadzi do tego, że dochodzi do oceny z przyjętym sposobem ustalania ceny niezawartym w SIWZ, co może powodować ocenę, iż inni (tu drugi) uczestnik postępowania o zamówienie publiczne, jest nierówno traktowany.

10

Oznacza to więc, że treść oferty jest niezgodna z SIWZ, co w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy winno skutkować jej odrzuceniem.

Zarówno ingerencja wykonawcy w treść formularza ofertowego, jak i zmiana treści oferty przez zamawiającego stanowiły w istocie znaczącą ingerencję w tę treść niedopuszczalną w świetle zasad zamówień publicznych. W ustalonych okolicznościach faktycznych Izba nie podziela poglądu Zamawiającego, iż odrzucenie oferty z powodu zmiany opisu składnika cenotwórczego byłoby przejawem nadmiernego formalizmu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp

oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

.....