

Sygn. akt KIO/UZP 661/09

WYROK
z dnia 8 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Agata Mikołajczyk
Klaudia Szczytowska-Maziarz
Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 czerwca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ORLEN Petro Centrum Sp. z o.o., ul. Zglenickiego 44, 09-411 Płock** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Państwowej Komunikacji Samochodowej w Bartoszycach, ul. Kętrzyńska 64, 11-200 Bartoszyce** protestu z dnia **30 kwietnia 2009 r.**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża ORLEN Petro Centrum Sp. z o.o., ul. Zglenickiego 44, 09-411 Płock i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **ORLEN Petro Centrum Sp. z o.o., ul. Zglenickiego 44, 09-411 Płock.**

- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ORLEN Petro Centrum Sp. z o.o., ul. Zglenickiego 44, 09-411 Płock.**

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę paliw, olejów i smarów (zadanie nr 1 - dostawa oleju napędowego i benzyny, zadanie 2 – dostawa paliwa, zadanie 3 – dostawa olejów i smarów) dla Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Bartoszycach S.A. (znak sprawy: P-G/55/09), zostało wszczęte przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Bartoszycach S.A., ul. Kętrzyńska 64, 11 - 200 Bartoszyce zwane dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 40-058250 w dniu 27.02.2009 r.

W dniu 23.04.2009 r. Zamawiający przekazał faxem (27.04.2009 r. pisemnie) uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej m.in. dla zadania nr 1 – dostawa oleju napędowego i benzyny firmy: LOTOS Paliwa Sp. z o.o., ul. Elbląska 135, 80-718 Gdańsk zwanej dalej: „LOTOS Paliwa Sp. z o.o.”.

W dniu 30.04.2009 r. faxem (04.05.2009 r. pisemnie) na podstawie przepisu art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp” firma: ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o., ul. Zglenickiego 44, 09-411 Płock zwana dalej: „Protestującym” albo „Odwołującym” złożyła protest na czynność Zamawiającego, podjętą w toku postępowania o zamówienie publiczne na dostawę paliw, olejów i smarów (zadanie nr 1 - dostawa oleju napędowego i benzyny), polegającą na wybraniu oferty firmy LOTOS Paliwa Sp. z o.o.,

która podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp oraz jako niezgodna z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „SIWZ” (art. 89 us.1 pkt 2 Pzp).

W szczególności zarzucił ofercie LOTOS Paliwa Sp. z o.o. nieprawidłowe wypełnienie „Formularza cenowego” - załącznik nr 2 do SIWZ.

Zażądał odrzucenia oferty firmy uznanej za najkorzystniejszą dla zadania 1 i wybranie oferty Protestującego jako oferty najkorzystniejszej i podpisania umowy.

Zdaniem Protestującego oferta wybrana przez Zamawiającego dla zadania 1 podlega odrzuceniu, jako oferta zawierająca błędy w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp). W „Formularzu cenowym” do SIWZ - zał. nr 2 Zamawiający wymagał, by cenę jednostkową w PLN podać za 1 litr. LOTOS Paliwa Sp. z o.o. w załączonym przez siebie formularzu wpisał cenę za 1 litr oleju napędowego w wysokości 2.694,00 PLN, po przemnożeniu przez ilość 2.300.000 (okres 1 roku) wpisano wartość netto w PLN (kol. 6) 6.196.200,-, VAT (kol. 7) 1.363.164,-, wartość brutto w PLN 7.559.364,00. Wynika z tego, że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny, ponieważ prawidłowa wartość netto po przemnożeniu ceny 2.694,00 PLN i ilości 2.300.000 litrów daje wartość netto 6.196.200.000,00, VAT 1.363.164.000,00, wartość brutto 7.559.364.000,00.

Analogicznie przedstawia się sytuacja z wpisaną ceną za „Etylinę Pb 95” i „Etylinę Pb 98”. W formularzu firmy LOTOS Paliwa Sp. z o.o. widnieje za:

1) Pb 95 - cena jednostkowa 3.026,00 PLN, ilość 630.000 litrów, wartość netto 1.906.380,-, VAT 419.403,60, wartość brutto 2.325.783,60.

Z prawidłowego wyliczenia wynika, że winna być wartość netto 1.906.380.000,-, VAT 419.403.600,-, wartość brutto 2.325.783.600,-

2) Pb 98 cena jednostkowa 3.192,00 PLN, ilość 75.000 litrów, wartość netto 239.400,-, VAT 52.668,-, wartość brutto 292.068.000,00.

Z prawidłowego wyliczenia wynika, że winna być wartość netto 239.400.000,-, VAT 52.668.000,-, wartość brutto 292.068.000,-.

Błędnie obliczone wartości netto, VAT i wartości brutto całej oferty przedstawione w formularzu cenowym przez LOTOS Paliwa Sp. z o.o. zostały przeniesione do formularza ofertowego. W związku z tym, iż oferta firmy LOTOS Paliwa Sp. z o.o. zawiera błędy w obliczeniu ceny to zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp Zamawiający powinien odrzucić taką ofertę. W przypadku gdyby Zamawiający zakwalifikował błąd w obliczeniu ceny jako oczywistą omyłkę rachunkową zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp to powinien niezwłocznie zawiadomić wykonawcę, którego oferta została poprawiona i dokonać obliczenia ceny uwzględniając części składowe, tj. cenę jednostkową za 1 litr w PLN i ilość w litrach.

Wynik mnożenia, tj. wartość netto w PLN wyniosłby wówczas 8.341.980.000,-, VAT 1.835.235.600,-, zaś wartość brutto 10.177.215.600,-. Według kryterium wyboru oferty (cena 100%) oferta LOTOS Paliwa Sp. z o.o. uzyskałaby 0,1 pkt, natomiast oferta Protestującego

100 pkt. Zgodnie z zapisami Rozdz. 16 SIWZ oferta Protestującego spełnia wszystkie wymagania i jest ofertą najkorzystniejszą.

W dniu 05.05.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 08.05.2009 r. faxem, poprzez jego częściowe uwzględnienie, w części dotyczącej dokonania poprawek oczywistych omyłek w formularzu cenowym LOTOS Paliwa Sp. z o.o., natomiast oddalenie nastąpiło w zakresie żądania odrzucenia oferty firmy w/w i wybrania oferty Protestującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający wskazał, że dokonał powtórzenia czynności badania złożonych ofert i zakwalifikował błąd jako oczywistą omyłkę. Na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp Zamawiający dokonał poprawek w formularzu cenowym LOTOS Paliwa Sp. z o.o., informując o tym fakcie Wykonawcę dnia 06.05.2009 r. Firma LOTOS Paliwa Sp. z o.o. wyraziła zgodę na dokonanie poprawek. W związku z powyższym niniejsza oferta jest najkorzystniejszą z tytułu zaoferowania najniższej ceny.

W dniu 18.05.2009 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na częściowe oddalenie protestu i jego częściowe uwzględnienie wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Wnosił o :

1. uwzględnienie odwołania.
2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wraz ze wszystkimi konsekwencjami dokonanymi przez Zamawiającego.
3. odrzucenie oferty Wykonawcy LOTOS Paliwa Sp. z o.o.
4. nakazanie powtórzenia czynności Zamawiającego oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty przy uwzględnieniu oferty Odwołującego.
5. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący podtrzymał zarzuty podane proteście. Zdaniem Odwołującego Wykonawca, którego oferta została wybrana nie spełnił warunków określonych w SIWZ, oraz popełnił błędy w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 1-2, 6 i 8 Pzp). Dodatkowo Zamawiający w wyniku dokonanych czynności w związku ze złożonym przez Odwołującego protestem naruszył szereg przepisów ustawy (art. 183 ust. 5 pkt 2, art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i 3, art. 89. ust. 1 pkt 1, 3 i 8, ustawa z dnia 7 lipca 1994 roku o denominacji złotego w związku z art. 87 ust. 2).

Należy uznać, w jego ocenie, że Zamawiający dokonał czynności związanych z rozpatrzeniem protestu Odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy. Podając w rozstrzygnięciu, iż protest został uwzględniony w części, a tak naprawdę pozostawia bez rozpatrzenia. Bezprawnie dokonując czynności powołując się na art. 87 ust. 2 Pzp, które nie były przedmiotem protestu, a jedynie zostały zasygnalizowane w treści uzasadnienia. Protest dotyczył czynności wynikających z art. 89 ust 1 pkt 6 Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty firmy LOTOS Paliwa Sp. z o.o., w przypadku jeżeli oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny, oraz zaniechania zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2, tj. odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący nadmienił, iż art. 87 ust. 2 Pzp zawiera trzy punkty, a z treści rozstrzygnięcia protestu można wnioskować, że Zamawiający dokonał poprawek wynikających z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ tylko wtedy należy żądać od wykonawcy zgody na poprawienie omyłki wynikającej z przedmiotowego artykułu. Zamawiający wprowadził w błąd Odwołującego, ponieważ dopiero z treści pisma kierowanego do LOTOS Paliwa Sp. z o.o., wynika, iż dokonał czynności związanych z art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, a nie jak wynika z powyższego. Zamawiający nie poinformował o tym fakcie ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o.

Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że jeżeli powyższe okoliczności wg. Zamawiającego wynikają ze złożenia protestu, to czynność, którą wykonał stoi w sprzeczności z art. 183 ust 5 pkt 2 Pzp. Zamawiający nie mógł bowiem dokonywać jakichkolwiek czynności do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, a jak wynika z pisma do wykonawcy - LOTOS Paliwa Sp. z o.o. oraz rozstrzygnięcia protestu, dokonał ich w dniu 06.05.2009 r., tj. przed wymaganym okresem.

Podobnie sytuacja związana z pismem z dnia 05.05.2009 r., dot. zawieszenia biegu okresu związania z ofertą, w którym Zamawiający błędnie poinformował wykonawców o czynności wynikającej z art. 181 ust. 1-2, podając, że z dniem pisma, a nie wpłynięcia protestu, tj. 30.04.2009 r. termin ten ulega zawieszeniu, co ma istotny wpływ na dalsze postępowanie.

Odwołujący wskazał, że w toku prowadzonego postępowania, przed terminem składania ofert, do Zamawiającego były kierowane pytania sugerujące zmianę sposobu rozliczania, oraz podawania cen paliw wg. ogólnie przyjętego sposobu rozliczania hurtowych dostaw paliw w jednostkach 1 m^3 (1000,00 litrów). Odpowiedzi ze strony Zamawiającego, które pojawiły się na jego stronie internetowej w dniu 27.03.2009 r., jednoznacznie precyzowały sposób podawania, oraz rozliczania dostaw wg cen jednostkowych za 1 litr. Zamawiający nie mógł potraktować w inny sposób wyrażonej ceny jak tylko przyjąć, że cena jednostkowa jest poprawna i przemnożyć przez ilość litrów. W związku z powyższym, Zamawiający nie wyrażając zgody na ogólnie przyjęty przez producentów paliw sposób

podawania cen jednostkowych, nie mógł poprawić złożonej oferty, stosując przelicznik z dokładnością do 3 miejsc po przecinku. Stanowi to naruszenie przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku o denominacji złotego, w myśl której zgodnie z art. 1 ust. 1-2, czytamy, że nowa jednostka pieniężna o nazwie złoty dzieli się na 100 groszy, a nie na tysiąc, jak wynika z naniesionej poprawki. W związku z powyższym, naruszono art. 89 ust 1 pkt 8 Pzp, zgodnie, z którym oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, oraz niezgodna z ustawą.

Zamawiający naruszył również art. 91 ust. 1 Pzp, zaniechał bowiem dokonania czynności związanej z wyborem najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Zamawiający nie poprawił błędu w obliczeniu ceny wykonawcy w taki sposób, który wskazał Odwołujący w proteście, czyli poprzez przemnożenie ceny jednostkowej (zgodnie ze złożoną ofertą) przez ilości wynikające z formularza cenowego i stosując przyjęte kryterium cena 100%, przez co w konsekwencji wykonawca uzyskałby 0,1 pkt., a oferta ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o. - 100 pkt. Zamawiający nie zachował zasad uczciwej konkurencji naruszając art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, ponieważ dokonał poprawy w ofercie LOTOS Paliwa Sp. z o.o., pozostawiając wartości z dokładnością do 3 miejsc po przecinku, bez uwzględnienia wynikających z tego powodu konsekwencji - zaokrąglenia, a jednocześnie zmiany wartości całej oferty.

W niniejszej sprawie interes Odwołującego doznał uszczerbku, gdyż jego oferta nie została uznana za najkorzystniejszą. W przypadku odrzucenia firmy LOTOS Paliwa Sp. z o.o. i przy ponownej ocenie ofert najkorzystniejszą powinna zostać oferta Odwołującego.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (faxem).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, wyjaśnieniami treści SIWZ udzielonymi przez Zamawiającego z dnia 27.03.2009 r., treścią spornej oferty, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu oraz odwołaniu, a także na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

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

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

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert zaraz po ofercie uznanej za najkorzystniejszą, w przypadku

potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

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

Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 6 Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty LOTOS Paliwa Sp. z o.o., jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. zaniechania odrzucenia jego oferty z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, Izba, ze względu na ich charakter, rozpatrzyła łącznie, uznając w/w zarzuty za niezasadne.

Oдноśnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu postanowień SIWZ, skład orzekający Izby ustalił:

Zamawiający w pkt 6 SIWZ określił, że Wykonawcy dostarczą przedmiot zamówienia, zaś rozliczenie ilości dostarczanego paliwa będzie odbywać się na podstawie odczytu legalizowanego przepływomierza zamontowanego w cysternie wykonawcy (pkt 6.1.1 SIWZ).

Z kolei we wzorze umowy dla zadania 1 w § 6 ust. 3 Zamawiający ponowił niniejszy zapis określając także, że rozliczanie dostarczanej ilości paliwa odbywać się będzie na podstawie odczytu z zalegalizowanego przepływomierza zamontowanego w cysternie samochodowej Wykonawcy.

W § 7 wzoru umowy dla zadania 1 Zamawiający zawarł zapis, że: *„Cena jednostkowa paliw wymienionych w § 2 umowy, będzie zgodna z formularzem cenowym złożonym przez Wykonawcę, stanowiącym integralną część niniejszej umowy (tabela 1)”. Zaś w tej tabeli wymagał podania ceny netto (w PLN) za 1 litr, VAT oraz ceny brutto (w PLN) za 1 litr.*

Natomiast w § 8 ust. 2 wzoru umowy dla zadania 1 Zamawiający wskazał, że: *„Ceny jednostkowe z dnia zakupu, korygowane będą każdorazowo o stałą różnicę wg tabeli 2, ustaloną w dniu otwarcia ofert tj. (...), stanowiącą różnicę pomiędzy cenami z oferty Wykonawcy a cenami paliw Rafinerii Gdańskiej z dnia (...).”* W ramach tabeli 2 Zamawiający wymagał z kolei ceny paliwa wg oferty za litr, ceny paliwa wg notowań Rafinerii Gdańskiej oraz różnicy w zł.

W ramach wyjaśnień treści SIWZ z dnia 27.03.2009 r.:

Na pytanie 5 odnośnie pkt 6 ust. 6.1.1 SIWZ oraz § 6 ust. 3 projektu umowy, w którym wskazuje się, że dla usprawnienia i przyspieszenia sposobu rozliczeń za poszczególne dostawy poprzez skrócenie drogi obiegu dokumentów proponuje się, aby zamieszczana na fakturze ilość produktu będąca podstawą do wzajemnych rozliczeń, była wyrażona w zł/1000

l (zł/m³ wg systemu rozliczeń – praktyki powszechnie stosowanej w Polsce) i wynikała z dokumentów wydawczych (raportów nalewu), sporządzanych na podstawie pomiarów na legalizowanych urządzeniach wydawczych z baz paliw Wykonawcy, z których dokonywana będzie ekspedycja przedmiotowego produktu. Zaś dodatkowo Zamawiający dokonywałby pomiarów dostarczonego produktu w swojej bazie, a ewentualne reklamacje ilościowe Zamawiający składałby do Wykonawcy (z zachowaniem wszelkich formalnych uregulowań w tym zakresie) w przypadku stwierdzenia ponadnormatywnego ubytku wynoszącego powyżej 0,6% dla zbiorników leżących wartości deklarowanej, z raportu nalewu, a ilością faktyczną dostarczoną w temperaturze referencyjnej 15° C (dopuszczalny błąd przy pomiarze ilości paliwa zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 15.04.2004 r. Dz. U. Nr 85 poz. 800).

Zamawiający odpowiedział, że nie przewiduje zmiany sposobu rozliczania się z dostarczonych paliw płynnych zawartych w SIWZ.

Na pytanie 11 odnośnie § 7 i 8 projektu umowy, formularza cenowego. W związku z tym, że cena producenta (PKN ORLEN S.A., LOTOS S.A.) podawana jest w zł/1000 litrów (zł/m³), jak również rozliczenie sprzedaży na rynku krajowym odbywa się w jednostce zł/m³ czy dopuszczają Państwo możliwość przyjęcia takiego systemu podawania i rozliczania ilości paliwa w trakcie realizacji udzielonego zamówienia? Podawanie ceny za liter naraża Zamawiającego na niebezpieczeństwo strat w przypadku zaokrąglania ceny w toku obliczeń do dwóch miejsc po przecinku w górę i w dół.

Zamawiający odpowiedział, że nie przewiduje zmian w zakresie ustalenia cen zakupu paliw płynnych.

Odwołujący zaoferował w ramach złożonej oferty:

W formularzu cenowym – załącznika nr 2 (z dnia 08.04.2009 r.) LOTOS Paliwa Sp. z o.o. wpisał cenę za 1 liter oleju napędowego w wysokości 2.694,00 PLN, po przemnożeniu przez ilość 2.300.000 (okres 1 roku) wpisano wartość netto w PLN (kol. 6) 6.196.200, VAT (kol. 7) 1.363.164, wartość brutto w PLN 7.559.364,00. W wypadku Etyliny Pb 95 cena jednostkowa to 3.026,00 PLN, ilość 630.000 litrów, wartość netto 1.906.380,-, VAT 419.403,60,- wartość brutto 2.325.783,60,-. Odnośnie Etyliny Pb 98 podano cenę jednostkową 3.192,00 PLN, ilość 75.000 litrów, wartość netto 239.400,-, VAT 52.668,-, wartość brutto 292.068.000,00,-. Zsumowanie wartości netto w PLN (rubryka 6) wyniosła 8.341.980,00, VAT 1.835.235,60, zaś zsumowana wartość brutto w PLN (rubryka 8) 10.177.215,60.

Po wniesieniu protestu w dniu 30.04.2009 r., a przed jego rozstrzygnięciem z dnia 08.05.2009 r. Zamawiający w dniu 06.05.2009 r. faxem zawiadomił LOTOS Paliwa Sp. z o.o. o poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny na podstawie art. 87 ust. 2

pkt 2 Pzp. Zamawiający zawiadomił o dokonaniu poprawek w formularzu cenowym w pozycji „cena jednostkowa w PLN”. W pozycji:

1. olej napędowy cenę za litr wpisano 2 694,00 Zamawiający poprawia na 2,694
2. etylina Pb 95 cenę za litr wpisano 3 026,00 Zamawiający poprawia na 3,026
3. etylina Pb 98 cenę za litr wpisano 3 192,00 Zamawiający poprawia na 3,192.

Wezwał także wykonawcę, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia do zajęcia stanowiska w tej sprawie (wyrażenie zgody lub nie na poprawienie omyłki).

W dniu 07.05.2009 r. wezwany wyraził zgodę na dokonanie poprawek zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 06.05.2009 r.

Odnosząc zapisy SIWZ do powyższego stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach z dnia 5 lipca 2001 roku (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.), do której bezpośrednio odsyła przepis art. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić za towar lub usługę. Ponadto art. 31 ustawy o Narodowym Banku Polskim (Dz. U. z 1997, Nr 140, poz. 938 ze zm.) określa, że znakami pieniężnymi Rzeczypospolitej Polskiej są banknoty i monety opiewające na złote i grosze. Dodatkowo także ustawa z dnia 7 lipca 1994 roku o denominacji złotego (Dz. U. z 1994, Nr 84, poz. 386 ze zm.) określa, że złoty dzieli się na 100 groszy. W świetle wyżej zacytowanych przepisów prawa, skład orzekający Izby podziela dotychczasowe stanowisko wyrażone w orzecznictwie (wyrok z dnia 30.05.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 475/08, czy też wyrok z dnia 26.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 8/09), a wywodzące się z orzecznictwa Zespołu Arbitrów (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 23.05.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-493/05), że co do zasady w polskim systemie płatniczym nie stosuje się tysięcznych części złotego. Zatem cena przedstawiona w ofercie musi być wyrażona w setnych częściach złotego, tj. do drugiego miejsca po przecinku. Należy zatem uznać za słuszne i bezsporne twierdzenie, że niedopuszczalne jest w polskim systemie płatniczym, aby rozliczenia między stronami były dokonywane w jednostkach niemożliwych do wyegzekwowania. Powyższe Izba wskazała mimo, że zarzut odnoszący się do naruszenia ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego o denominacji złotego (Dz. U. z 1994, Nr 84, poz. 386 ze zm.) w związku z art. 87 ust. 2 Pzp został podniesiony dopiero w odwołaniu, uznając poruszenie tej kwestii za konieczne przy rozpatrywaniu zarzutów naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 i 6 Pzp.

Po drugie, kluczowym dla oddalenia odwołania przez Izbę było ustalenie charakteru cen jednostkowych, których poprawy dokonał Zamawiający w formularzu cenowym – załącznik nr 2 do SIWZ, w ramach omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny na podstawie art.

87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Bezspornie, tak z SIWZ, jak i wyjaśnień udzielonych na rozprawie przez Zamawiającego wynika, że mają one tylko i wyłącznie charakter kalkulacyjny, a nie rozliczeniowy. Zarówno z samego formularza cenowego (rubryka 4), jak i § 7 i 8 wzoru umowy wynika, że tak na etapie wyliczenia ceny ofertowej w przedmiotowym postępowaniu, jak i w trakcie realizacji zamówienia, niniejsze ceny jednostkowe stanowią tylko i wyłącznie element cenotwórczy. Niniejsze jest też czynnikiem decydującym w orzecznictwie Izby, które od stanu faktycznego w danym postępowaniu w tym zakresie uzależnia kwestie zasadności zaokrąglania cen jednostkowych do dwóch miejsc po przecinku (wyrok z dnia 30.05.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 475/08, wyrok z dnia 19.06.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 553 /08, wyrok z dnia 07.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 766/08, wyrok z dnia 02.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 995/08), wskazując m.in., że w wypadku wynagrodzenia za realizację zamówienia o charakterze kosztorysowym, w którym rozliczenie odbywać się będzie na podstawie cen jednostkowych istnieje konieczność takiego zaokrąglania (wyrok KIO z dnia 25.03.2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 293/09, KIO/UZO 294/09, wyrok KIO z dnia 10.07.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 642/08; podobnie KIO w wyroku z dnia 05.06.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 504/08; KIO z dnia 02.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 237/08). Należy także wskazać, że Zamawiający na rozprawie potwierdził, że ceny jednostkowe z formularza cenowego, to ceny jednostkowe netto, które mają być przeniesione do wzoru umowy. Przy czym, podlegają one dalszym wyliczeniom zgodnie z treścią tabeli 1 i 2 (§ 7 i 8 wzoru umowy).

Po trzecie, Izba stwierdza, że działanie Zamawiającego nie spowodowało faktycznej zmiany cen jednostkowych, czyli zmiany treści oferty uznanej za najkorzystniejszą, bowiem jakie były faktyczne ceny w poz. 1, 2 i 3 (rubryki 4 formularza cenowego – załącznik nr 2 do SIWZ) można było wywnioskować z pozostałych elementów tej oferty (przede wszystkim z ceny brutto za całościową wycenę tej pozycji, przy uwzględnieniu wymaganej w SIWZ przez Zamawiającego ilości). Zatem należy uznać, że ową niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny ofertowej należało potraktować jako omyłkę, która kwalifikuje się do poprawienia. Bez wątplenia bowiem na pierwszy ogład tabeli w formularzu cenowym Lotos Paliwa Sp. z o.o. nasuwa się wniosek, że cena jednostkowa za 1 litr oleju napędowego, Etyliny Pb 95 oraz Etyliny 98 nie mogła być podana odpowiednio w wysokości 2 694,00 zł., 3 026,00 zł. oraz 3 192,00 zł.

Po czwarte, w niniejszej sprawie poprawienie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ sprowadza się do działania matematycznego. Wynika z tego, że owa omyłka nosi znamiona omyłki rachunkowej, którą można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, z konsekwencjami rachunkowymi z niej wynikającymi, co miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym, z tym że w tym wypadku konsekwencjami rachunkowymi była zgodność z ostateczną ceną ofertową dla zadania 1 w ramach formularza ofertowego – załącznik nr 1 do SIWZ, zgodną z kolei z ceną z formularza cenowego (suma wartości oferty), tj.

załącznikiem nr 2 do SIWZ. Zatem poprawienie omyłki ma jedynie charakter rachunkowy (matematyczny). Przy czym z uwagi na argumentację zawartą w dwóch pierwszych punktach, jak również wobec braku wyraźnego zakazu podania cen jednostkowych z dokładnością większą niż dwa miejsca po przecinku (wyrok z dnia 16.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1/09), nie można stwierdzić, że mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny (art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp). Nie można uznać bowiem za podstawę tego błędu odpowiedzi na pytanie 5 i 11 w ramach wyjaśnień SIWZ udzielonych przez Zamawiającego w dniu 27.03.2009 r.

Dodatkowo należy wskazać, że ani cena jednostkowa za 1 litr, ani rabat (jak wskazywał na rozprawie Odwołujący, jaki został udzielony w ramach cen jednostkowych za 1 litr) nie były przedmiotem oceny, tj. nie były kryteriami oceny ofert (zgodnie z Rozdz. 16 SIWZ). W przeciwnym razie zasadność zaokrąglania byłaby bezsporna (wyrok KIO z dnia 22.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 596 /09).

Z tych względów Izba, na marginesie upust nie stanowił kryterium oceny ofert, nie uznała argumentacji Odwołującego, że w wypadku zaoferowania identycznego upustu, takiego jak wybrany wykonawca, sposób wyliczenia zastosowany przez wykonawcę wybranego i działanie Zamawiającego, doprowadziłby do tego, że jego oferta nie zostałaby uznana jako oferta najkorzystniejsza. Należy także zauważyć, że w przedmiotowym stanie faktycznym ewentualne zaokrąglenie cen jednostkowych wywołałoby wzrost ceny końcowej tylko dla Etyliny 95, w pozostałych wypadkach nastąpiłoby jej spadek. Jednakże wobec zaoferowania w niniejszej pozycji przez Odwołującego ceny jednostkowej wyższej niż wynikająca z ewentualnego zaokrąglenia do dwóch miejsc po przecinku, działanie Zamawiającego nie miało wpływu na wynik postępowania.

W konsekwencji należy uznać, że zamieszczone w kosztorysie ceny jednostkowe są składnikiem cenotwórczym (elementem), w oparciu o który zostanie obliczone wynagrodzenie należne za wykonaną robotę. Natomiast wynik tych działań, cena ostateczna płacona przez Zamawiającego i określona na fakturze zostanie wyrażona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, zgodnie z polskim systemem płatniczym.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała ww. zarzuty za nie zasadne.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 183 ust. 5 pkt 2 Pzp, Izba wskazuje, że nie był on przedmiotem protestu i został podniesiony przez Odwołującego dopiero na etapie odwołania. Wobec powyższego nie może być on rozpatrywany.

Jednakże, na marginesie Izba stwierdza, że dostrzega okoliczność tego rodzaju, że jest on konsekwencją złożonego przez Odwołującego w dniu 30.04.2009 r. protestu, a w związku z brzmieniem przywoływanego art.183 ust. 5 pkt 2 Pzp Zamawiający powinien

czynność z dnia 06.05.2009 r. dokonać dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, czyli po dniu wydania przez Izbę orzeczenia (art.182 ust. 2 pkt 3 Pzp), poprzestając tylko i wyłącznie na jej zapowiedzi. Przy czym fakt, że sam Odwołujący kwestionuje naruszenie w/w przepisu, jak i samą czynność w oddzielnym proteście z dnia 18.05.2009 r. złożonym na czynność z dnia 06.05.2009 r., o której Odwołujący dowiedział się w dniu 08.05.2009 r. (w ramach rozstrzygnięcia protestu z dnia 30.04.2009 r.), jak i wobec brzmienia art. 191 ust. 1a Pzp, Izba uznała, że w kontekście nie uwzględnienia zarzutów rozpatrywanych łącznie powyżej, niniejsze naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

Izba nie rozpatrywała również zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust.1 w związku z art. 7 ust.1 i 3, art. 181 ust.1-2, art. 89 ust 1 pkt 1, 3 i 8 Pzp, ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego o denominacji złotego (Dz. U. z 1994, Nr 84, poz. 386 ze zm.) w związku z art. 87 ust. 2 Pzp, stwierdzając na podstawie art. 191 ust. 3 Pzp, że powyższe zarzuty nie było przedmiotem protestu i zostały podniesione przez Odwołującego dopiero na etapie odwołania.

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

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....