

Sygn. akt: KIO 76/16

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;

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:

.....

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 nieodrzućenie 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.

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 ofertą 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

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

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.

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.

Ocenił, 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

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 zauważa, że wykonawcy nie żądali wyjaśnień 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 otrzyma 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 wyrażień. Zamawiający nadmienił, 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 opustu. Czynność ta nie stanowiła błędu,

lecz była działaniem zamierzonym, a jednocześnie naruszała postanowienie SIWZ i przepisy wskazane w odwołaniu. Przypomniał, 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. Przypomniał, 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 paliwa 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. Przypomniał, 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

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.

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:

.....