

Sygn. akt: KIO 290/18

WYROK

z dnia 5 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lutego 2018 roku przez wykonawcę **Mo-Bruk Spółka Akcyjna w Niecwi** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Mo-Bruk Spółka Akcyjna w Niecwi** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Mo-Bruk Spółka Akcyjna w Niecwi** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Mo-Bruk Spółka Akcyjna w Niecwi** na rzecz **Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie** kwotę: **4 953 zł 41 gr** (słownie: cztery tysiące dziewięćset pięćdziesiąt trzy złote czterdzieści jeden groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Sp. z o.o. w Szczecinie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na sukcesywny odbiór (wywóz i przetworzenie) odpadów z Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów w Szczecinie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 16 lutego 2018 roku wykonawca Mo-BRUK SA w Niecwi (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od niezgodnych – jego zdaniem – z przepisami ustawy P.z.p. czynności i zaniechań zamawiającego dokonanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach części 2, polegających na:

- 1) poprawieniu omyłek rachunkowych w ofercie odwołującego, skutkujących zmniejszeniem ceny oferty odwołującego o 502 176,00 zł,
- 2) zaniechaniu wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty,
- 3) zaniechaniu poprawienia w ofercie odwołującego innych omyłek w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3) uPzp,
- 4) dokonaniu oceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego z przyjęciem, jako ceny oferty odwołującego, błędnej kwoty, tj. 6 277 200, 00 zł.

W związku z zaskarżonymi czynnościami i zaniechaniami, odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy P.z.p., które miało istotny wpływ na wynik postępowania:

- art. 87 ust. 2 pkt 2 poprzez błędną kwalifikację omyłek stwierdzonych w ofercie odwołującego jako rachunkowych i ich poprawę w trybie ww. przepisu,
- art. 87 ust. 1 poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, co doprowadziło do wadliwej interpretacji treści oferty odwołującego i poprawienia omyłek w sposób sprzeczny z rzeczywistą wolą odwołującego,
- art. 87 ust. 2 pkt 3 poprzez jego niezastosowanie, co skutkowało dokonaniem w ofercie odwołującego poprawek istotnie zmieniających treść oferty odwołującego bez jego zgody oraz nieprawidłowym przyjęciem przez zamawiającego kwoty 6 277 200, 00 zł jako

podstawy oceny oferty odwołującego i w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty odwołującego z ww. ceną oferty, czym zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p.

W świetle powyższych zarzutów, odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - b) unieważnienia czynności poprawy omyłek rachunkowych w ofercie odwołującego,
 - c) powtórzenia czynności oceny ofert, a w jej wyniku dokonania poprawy w ofercie odwołującego innych omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
 - d) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności powołanych w uzasadnieniu odwołania,
- 3) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, według norm przepisanych.

Odwołujący podniósł, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych przepisów ustawy P.z.p.. Oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza. Czynności i zaniechania zamawiającego narażają odwołującego na znaczny uszczerbek majątkowy, polegający na zawarciu umowy przewidującej wynagrodzenie aż o 502 176,00 zł niższe od zaproponowanego w ofercie. Obniżone wynagrodzenie odwołującego nie tylko nie zapewnia odwołującemu godziwego zysku, ale może narazić go na straty, prowadząc do istotnego pokrzywdzenia odwołującego. W przypadku zaś rezygnacji z zawarcia umowy, odwołującemu grozi utrata wniesionego wadium.

Odwołujący podkreślił, że niezwłocznie zareagował na czynność poprawienia omyłek w jego ofercie, sprzeciwiając się jej, w pismach skierowanych do zamawiającego w dniach 29 grudnia 2017 r. i 15 stycznia 2018 r. Mając na uwadze, że z treści rzeczonych pism zamawiający powziął wiedzę o tym, że wskutek dokonanej przez zamawiającego poprawy omyłek doszło do istotnego zniekształcenia oświadczenia woli odwołującego, odwołujący pozostawał w uzasadnionym przekonaniu, że przed dokonaniem wyboru oferty

najkorzystniejszej, zamawiający skoryguje swoje wadliwe czynności. Dopiero z treści zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania, otrzymanego w dniu 6 lutego 2018r., odwołujący dowiedział się, że jego wyjaśnienia nie zostały jednak przez zamawiającego uwzględnione i że do oceny jego oferty zamawiający ostatecznie przyjął błędną kwotę 6 277 200, 00 zł jako cenę oferty.

Odwołujący wskazał, że sam fakt poprawienia przez zamawiającego omyłek w ofercie odwołującego w dniu 18 grudnia 2017 r., na ww. moment, nie powodował jeszcze naruszenia interesu odwołującego, gdyż nie doszło jeszcze wówczas do wyboru oferty najkorzystniejszej. Stwierdził, że w świetle jedynego kryterium oceny ofert (tj. cena - waga 100%), oferta wykonawcy nie plasowała się na pierwszej pozycji. Nie istniała zatem wówczas podstawa do skorzystania przez odwołującego ze środka ochrony prawnej. Dopiero z chwilą przedstawienia przez zamawiającego wyników oceny ofert i dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, zaistniała podstawa do wniesienia niniejszego odwołania. Odwołujący powołał się w tym zakresie na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2017 r. (sygn. akt: KIO 1448/17).

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 i art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. odwołujący podniósł, że zamawiający dokonał poprawy jego oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 w sposób nieuprawniony. Oferta odwołującego zawierała nieprawidłowości mające niewątpliwie charakter omyłek, popełnionych w sposób niezamierzony, wskutek zwyczajnego niedopatrzania. Błędne wskazano jedynie ceny jednostkowe (netto zamiast brutto), natomiast łączne kwoty za poszczególne zadania oraz całkowita cena oferty zostały podane prawidłowo, w wartościach brutto, co odwołujący wyjaśnił zamawiającemu w piśmie z dnia 29 grudnia 2017 r. Nie są to jednak oczywiste omyłki rachunkowe. Omyłką rachunkową jest bowiem błąd popełniony przez wykonawcę przy obliczaniu ceny, a polegający na otrzymaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego. Z istoty przepisu wynika, że aby stwierdzić, że została popełniona oczywista omyłka rachunkowa, musi wystąpić błąd w przeprowadzonych przez wykonawcę działaniach arytmetycznych. Tymczasem w ofercie odwołującego nie doszło do błędu przy działaniach arytmetycznych. Wskazanie ceny jednostkowej netto zamiast brutto nie polega na otrzymaniu nieprawidłowego działania arytmetycznego. Ceny jednostkowe nie są wynikiem działań arytmetycznych. Skoro istotą rozbieżności w ofercie odwołującego nie był błąd w działaniach na liczbach, nie było podstaw do zakwalifikowania omyłek jako rachunkowych.

Odwołujący wskazał, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) nie zawiera żadnych szczegółowych instrukcji ani wzoru do obliczenia ceny oferty. Zamawiający w s.i.w.z. zobligował wykonawców jedynie do podania ceny łącznej oferty, wraz z rozbiem

na poszczególne zadania, a ceny te miały uwzględniać określone przez zamawiającego ilości poszczególnych rodzajów odpadów. Jak wynika z rozdz. XII ust. 2 s.i.w.z. (Sposób obliczenia ceny oferty), „Łączna cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej s.i.w.z.”. Zgodnie z postanowieniami rozdz. XIII s.i.w.z., ocena ofert miała zostać dokonana na podstawie łącznych cen brutto. W formularzu ofertowym wskazano, iż: „Wykonawca oferuje realizację części 2 za łączną cenę brutto (słownie), w tym: ”

W ocenie odwołującego, powyższe zapisy formularza ofertowego sugerują, że łączną cenę brutto oferty należało „rozbić” poniżej na poszczególne zadania, co odwołujący uczynił. Suma wskazanych w ofercie kwot brutto za poszczególne zadania odpowiada łącznej cenie brutto oferty.

Odwołujący wskazał, że skoro w świetle postanowień s.i.w.z., uprawnionym było przyjęcie, że „punktem wyjściowym” do poprawy omyłek winna być cena oferty brutto, zamawiający miał wystarczające dane do prawidłowego ustalenia cen jednostkowych w oparciu o informacje zawarte w ofercie. Dokonując dzielenia podanych kwot brutto za poszczególne zadania przez ilość odpadów, zamawiający otrzymałby prawidłowe ceny jednostkowe brutto za 1 Mg odpadów danego rodzaju, bez zmiany zaoferowanej łącznej ceny brutto oferty.

Odwołujący podniósł, że zamawiający winien był zwrócić się do niego o wyjaśnienie treści złożonej oferty w zakresie ceny, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p., czego jednak zaniechał. W piśmie z dnia 29 grudnia 2017 r. odwołujący poinformował zamawiającego, że nie wyraża zgody na dokonaną zmianę oraz udzielił zamawiającemu szczegółowych wyjaśnień, wskazując, jaka była jego rzeczywista intencja i jak powinny się kształtować prawidłowo wartości oferty.

Zamawiający miał zatem na etapie badania ofert (tj. najpóźniej z chwilą otrzymania pisma odwołującego z dnia 29 grudnia 2017 r.) wiedzę o tym, że omyłki w ofercie odwołującego wystąpiły w innym miejscu niż zakładał oraz że nie miały charakteru omyłek rachunkowych, jak błędnie zamawiający przyjął. Zamawiający miał też świadomość, że poprawy omyłek dokonał w sposób zupełnie sprzeczny z rzeczywistą intencją i wolą odwołującego. Pomimo tego, zamawiający czynności swojej jednak nie skorygował, ale dokonał oceny oferty odwołującego przyjmując do obliczeń błędną cenę oferty odwołującego, o czym odwołujący dowiedział się z treści pisma z dnia 6 lutego 2018 r. informującego o wynikach oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., odwołujący podniósł, że popełnione w jego ofercie omyłki mieszczą się w kategorii tzw. innych omyłek w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. i dokonując korekty w treści jego oferty, zamawiający winien był zastosować tryb przewidziany w tym przepisie.

Podanie przez odwołującego cen jednostkowych netto zamiast brutto miało charakter przypadkowy, niezamierzony, a nie było wynikiem świadomego działania Odwołującego. Spowodowało także niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, tj. wymaganiem podania w formularzu ofertowym cen jednostkowych brutto za 1 Mg odpadów danego rodzaju.

Odwołujący wskazał, że poprawa omyłek w ofercie odwołującego powinna zostać dokonana przez zamawiającego w następujący sposób:

„Wykonawca oferuje realizację części 2 za łączną cenę brutto 6 779 376,00 (słownie sześć milionów siedemset siedemdziesiąt dziewięć tysięcy trzysta siedemdziesiąt sześć złotych 00/100), w tym:

— cena za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg (kod odpadu 19 01 05*): 394,00 425,52 zł (w tym podatek VAT 8 %), co daje łączną wartość oferty w wysokości 1 276 560,00 zł brutto za odbiór i zagospodarowanie 3000 Mg odpadów (kod odpadu 19 01 05*).

— cena za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg (kod odpadu 19 01 06*): 394,00 425,52 zł (w tym podatek VAT 8 %), co daje łączną wartość oferty w wysokości 638 280,00 zł brutto za odbiór i zagospodarowanie 1500 Mg odpadów (kod odpadu 19 01 06).

— cena za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg (kod odpadu 19 01 11*): 570,00 615,60 zł (w tym podatek VAT 8 %), co daje łączną wartość oferty w wysokości 615 600,00 zł brutto za odbiór i zagospodarowanie 1000 Mg odpadów (kod odpadu 19 01 11*).

— cena za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg (kod odpadu 19 01 13*): 4-39,00 463,32 zł (w tym podatek VAT 8 %), co daje łączną wartość oferty w wysokości 138 996,00 zł brutto za odbiór i zagospodarowanie 300 Mg odpadów (kod odpadu 19 01 13*).

— cena za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg (kod odpadu 19 01 15*): 429,00 463,32 zł (w tym podatek VAT 8 %), co daje łączną wartość oferty w wysokości 3 243 240,00 zł brutto za odbiór i zagospodarowanie 7000 Mg odpadów (kod odpadu 19 01 15*).

— cena za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg (kod odpadu 19 01 99): 321,00 346,68 zł (w tym podatek VAT 8 %), co daje łączną wartość oferty w wysokości 866 700,00 zł brutto za odbiór i zagospodarowanie 2500 Mg odpadów (kod odpadu 19 01 99)”.

W ocenie odwołującego, przeszkodą do poprawienia przez zamawiającego ww. omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. nie może być okoliczność, że informacje do dokonania poprawy zamawiający uzyskał częściowo z wyjaśnień odwołującego z dnia 29 grudnia 2017 r. Odwołujący powołał się w tym zakresie na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 czerwca 2017 r. (sygn. akt: KIO 1088/17).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 lutego 2018 roku wniósł o:

- 1) pozostawienie bez rozpoznania zarzutu poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie odwołującego, skutkujących zmniejszeniem ceny oferty odwołującego o 502 176,00 zł z uwagi na wniesienie terminu określonego w ustawie, to jest na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.,
- 2) oddalenie odwołania,
- 3) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania zgodnie z rachunkami złożonymi w toku rozprawy.

W ocenie zamawiającego, zarzut dotyczący poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie odwołującego jest zarzutem spóźnionym. Zamawiający zawiadomił odwołującego o tej czynności w dniu 18 grudnia 2017 roku za pośrednictwem poczty elektronicznej. Termin na wniesienie odwołania w tym zakresie upłynął w dniu 28 grudnia 2017 roku.

Zamawiający nie zgodził się, iż interes odwołującego we wniesieniu odwołania zmaterializował się w momencie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Nawet w wypadku, w którym odwołujący nie posiadał interesu w zaskarżeniu czynności zamawiającego, gdyż jego oferta nie była najkorzystniejszą, interes ten zmaterializował się najpóźniej w momencie wykluczenia z postępowania wykonawcy Milex Sp. z o.o. w Szczecinie, o czym wykonawcy zostali poinformowani w dniu 18 stycznia 2018 roku i odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Infra-Port Sp. z o.o. F.U.H. Espadon J. M. oraz odrzuceniu oferty Recon GmbH w Schwedt, co miało miejsce 24 stycznia 2018 roku.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania, gdyż odwołujący zamówienie to uzyskał. Powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2015 roku (sygn. akt: KIO 2318/15) oraz z dnia 22 lipca 2015 roku (sygn. akt: KIO 1447/15).

Zamawiający nie podzielił stanowiska odwołującego prezentowanego w odwołaniu oraz we wcześniejszej korespondencji, dotyczących niemożności poprawienia omyłek. Podniósł, że wskazana w ofercie cena brutto miała służyć wyłącznie porównaniu cen ofertowych.

Natomiast realizacja umowy miała następować wyłącznie w oparciu o ceny za 1 Mg wskazane w ofercie wykonawcy. Tym samym wskazana cena i realizacja umowy automatycznie staje się dla zamawiającego droższa o 8%, stanowiących wartość podatku VAT i tę podwyższoną wartość zamawiający byłby zobowiązany zapłacić wykonawcy w oparciu o złożony przez niego formularz ofertowy.

Zamawiający nie podzielił stanowiska, jakoby omyłka odwołującego miała charakter innej omyłki, wskazanej w art. 89 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Podniósł, że nie istniała możliwość poprawienia omyłki niż ta, dokonana przez zamawiającego. Powyższe powoduje, że omyłka miała charakter jednoznaczny, a tym samym mogła zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Sukcesywny odbiór (wywóz i przetworzenie) odpadów z Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów w Szczecinie” z podziałem na trzy części.

Zgodnie z rozdz. XII s.i.w.z. „Opis sposobu obliczenia ceny oferty”,

1. Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć ofertę cenową na formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ w odniesieniu do części, na którą Wykonawca składa ofertę.

2. Łączna cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SIWZ.

3. Podana przez Wykonawcę cena jednostkowa nie podlega negocjacji czy zmianie w toku postępowania z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

4. Cena musi być podana w złotych polskich (PLN), cyfrowo i słownie z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku (zasada zaokrąglenia – poniżej 5 należy końcówkę pominąć, powyżej i równe 5 należy zaokrąglić w górę) oraz uwzględniać całość ponoszonego przez Zamawiającego wydatku na sfinansowanie zamówienia.

Zgodnie z rozdz. XVI s.i.w.z. „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert”:

1. Jedynym kryterium oceny ofert jest cena - 100 %. Sposób przyznania punktów w kryterium „cena” (C):

najniższa cena ofertowa

$$C = \frac{\text{cena ofertowa w ofercie ocenianej}}{\text{cena ofertowa w ofercie ocenianej}} \times 100 \text{ pkt} \times 100 \%$$

Zamawiający dokona oceny ofert w każdej części odrębnie.

Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia (OPZ), stanowiącym załącznik nr 2 do s.i.w.z., zamawiający w części drugiej opisał ilość odpadów do odebrania i zagospodarowania poprzez wskazanie ich ilości maksymalnej, tj.:

- dla odpadu o kodzie 19 01 05* – maksymalnie 3000 Mg odpadów,
- dla odpadu o kodzie 19 01 06* - maksymalnie 1500 Mg odpadów,
- dla odpadu o kodzie 19 01 11* - maksymalnie 1000 Mg odpadów,
- dla odpadu o kodzie 19 01 13 – maksymalnie 300 Mg odpadów,
- dla odpadu o kodzie 19 01 15* - maksymalnie 7000 Mg odpadów,
- dla odpadu o kodzie 19 01 99 – maksymalnie 2500 Mg odpadów.

W pkt 9 OPZ zamawiający wskazał, że określone w s.i.w.z. ilości odpadów w poszczególnych częściach są ilościami maksymalnymi objętymi zamówieniem. Rzeczywista ilość i rodzaj odpadu do odbioru i zagospodarowania wynikać będzie z bieżących potrzeb Zamawiającego oraz profilu wytwarzania poszczególnych typów odpadów, z zastrzeżeniem, że może być ona mniejsza a Wykonawcy z tego tytułu nie będzie przysługiwać żadne roszczenie.

Zgodnie z § 4 projektu umowy „Wynagrodzenie”:

1. Maksymalne wynagrodzenie brutto Wykonawcy z tytułu wykonywania niniejszej umowy (maksymalna wartość nominalna zobowiązania Zamawiającego) wynosi _____ zł (słownie _____) przy założeniu stawki podatku VAT w wysokości ___ obowiązującej w dniu zawarcia umowy.

2. Rzeczywiste wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy będzie ustalane jako iloczyn ceny jednostkowej oraz rzeczywistej ilości odebranych odpadów zgodnie z prowadzoną przez Zamawiającego ewidencją, przy czym cena jednostkowa za odbiór i przetworzenie 1 Mg odpadów objętych przedmiotem umowy wynosi:

a) zł netto, powiększone o podatek VAT%. dla odpadów:

b)..... zł netto, powiększone o podatek VAT%. dla odpadów:

c)

3. Ceny jednostkowe wskazane w ust. 2 są niezmiennie w okresie realizacji umowy, z zastrzeżeniem postanowień § 8 umowy. Ceny te obejmują wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z umową i obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.

4. Cena za odbiór w celu przetworzenia odpadu w ilości mniejszej niż 1 Mg będzie proporcjonalna w stosunku do ceny za odbiór w celu przetworzenia 1 Mg odpadu. Ilości mniejsze niż 10 kg nie uwzględnia się, a ilości 10 kg i powyżej zaokrągla się do 20 kg.

5. Zapłata wynagrodzenia będzie następować na podstawie faktur wystawionych przez Wykonawcę za każdy miesiąc kalendarzowy realizacji umowy. Wykonawca będzie przedkładać Zamawiającemu faktury w terminie wynikającym z odpowiednich przepisów.

6. Podstawą wystawienia faktur za wykonanie prac w danym miesiącu kalendarzowym będzie wykaz rodzaju i ilości odebranych z ZTUO odpadów oraz podpisanie i przekazane Zamawiającemu karty przekazania odpadu za okres i ilość odpadów wskazanych na fakturze.

Stosownie do ustalonego przez zamawiającego formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do s.i.w.z., wykonawcy składali m.in. następujące oświadczenie:

„B. W odpowiedzi na ogłoszenie o przetargu nieograniczonym na: „Sukcesywny odbiór (wywóz i przetworzenie) odpadów z Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów w Szczecinie” oferuję(my) wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i na warunkach płatności określonych w SIWZ:

b) w części 2 na następujących warunkach:

Wykonawca oferuje realizację części 2 za łączną cenę brutto.....

(słownie.....), w tym:

- cena za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg (kod odpadu 19 01 05*): zł (w tym podatek VAT%), co daje łączną wartość oferty w wysokości..... zł brutto za odbiór i zagospodarowanie 3000 Mg odpadów (kod odpadu 19 01 05*).

- cena za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg (kod odpadu 19 01 06*):
 zł (w tym podatek VAT%), co daje łączną wartość oferty w
 wysokości..... zł brutto za odbiór i zagospodarowanie 1500 Mg odpadów (kod
 odpadu 19 01 06).

- cena za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg (kod odpadu 19 01 11*):
 zł (w tym podatek VAT%), co daje łączną wartość oferty w
 wysokości..... zł brutto za odbiór i zagospodarowanie 1000 Mg odpadów (kod
 odpadu 19 01 11*).

- cena za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg (kod odpadu 19 01 13*):
 zł (w tym podatek VAT%), co daje łączną wartość oferty w
 wysokości..... zł brutto za odbiór i zagospodarowanie 300 Mg odpadów (kod
 odpadu 19 01 13*).

- cena za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg (kod odpadu 19 01 15*):
 zł (w tym podatek VAT%), co daje łączną wartość oferty w
 wysokości..... zł brutto za odbiór i zagospodarowanie 7000 Mg odpadów (kod
 odpadu 19 01 15*).

- cena za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg (kod odpadu 19 01 99):
 zł (w tym podatek VAT%), co daje łączną wartość oferty w
 wysokości..... zł brutto za odbiór i zagospodarowanie 2500 Mg odpadów (kod
 odpadu 19 01 99).”

W ramach części 2 oferty złożyło czterech wykonawców.

| Lp. | Nazwa (firma) i adres wykonawcy | Numer części | Cena brutto (PLN) | SUMA PKT. |
|-----|---|--------------|---|---------------------|
| 1. | Mo-BRUK Niecew 68 33-322 Korzenna | Część 2 | 6 779 376-zł (po poprawie omyłki rachunkowej: 6 277 200 zł brutto) | 100 |
| 2. | Recon GmbH, Forststraße 2024, 16303 Schwedt/Oder, Niemcy | Część 2 | 6 260 760 zł | Oferta odrzucona |

| | | | | |
|----|--|---------|--------------|----------------------|
| 3. | Infra-Port Sp. z o.o. Bytomska 3, 70-001 Szczecin, F.U.H. ESPADON, ul. Narzędziowa 55, 70-807 Szczecin | Część 2 | 8 162 316 zł | Oferta odrzucona |
| 4. | MILEX Sp. z o.o. ul. Ks. Kard. S. Wyszyńskiego 14, 70-201 Szczecin | Część 2 | 5 829 500 zł | Wykonawca wykluczony |

Odwołujący złożył ofertę opiewającą na kwotę 6 779 376,00 zł. Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 7 168 694,40 zł.

Pismem z dnia 18 grudnia 2017 r. zamawiający poinformował odwołującego o dokonaniu poprawy w ofercie Odwołującego omyłek rachunkowych, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p. w części 2 na następujących warunkach:

„Wykonawca oferuje realizację części 2 za łączną cenę brutto ~~6.779.376,00 zł (słownie: sześć milionów siedemset siedemdziesiąt dziewięć trzysta siedemdziesiąt sześć złotych 00/100)~~ 6.277.200,00 zł (słownie: sześć milionów dwieście siedemdziesiąt siedem tysięcy dwieście złotych 00/100), w tym:

- cena za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg (kod odpadu 19 01 05*): 394,00 zł (w tym podatek VAT 8 %), co daje łączną wartość oferty w wysokości ~~4.276.560,00 zł brutto~~ 1 182 000 zł brutto za odbiór i zagospodarowanie 3000 Mg odpadów (kod odpadu 19 01 05*).
- cena za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg (kod odpadu 19 01 06*): 394,00 zł (w tym podatek VAT 8 %), co daje łączną wartość oferty w wysokości ~~638 280,00 zł brutto~~ 591 000 zł brutto za odbiór i zagospodarowanie 1500 Mg odpadów (kod odpadu 19 01 06).
- cena za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg (kod odpadu 19 01 11*): 570,00 zł (w tym podatek VAT 8 %), co daje łączną wartość oferty w wysokości ~~615 600,00 zł brutto~~ 570 000 zł brutto za odbiór i zagospodarowanie 1000 Mg odpadów (kod odpadu 19 01 11*).
- cena za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg (kod odpadu 19 01 13*): 429,00 zł (w tym podatek VAT 8 %), co daje łączną wartość oferty w wysokości ~~138 996,00 zł brutto~~ 128 700 zł brutto za odbiór i zagospodarowanie 300 Mg odpadów (kod odpadu 19 01 13*).
- cena za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg (kod odpadu 19 01 15*): 429,00 zł (w tym podatek VAT 8 %), co daje łączną wartość oferty w wysokości ~~3 243 240,00 zł brutto~~ 3 003 000 zł brutto za odbiór i zagospodarowanie 7000 Mg odpadów (kod odpadu 19 01 15*).

- cena za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg (kod odpadu 19 01 99): 321,00 zł (w tym podatek VAT 8 %), co daje łączną wartość oferty w wysokości ~~866 700,00 zł brutto~~ 802 500 zł brutto za odbiór i zagospodarowanie 2500 Mg odpadów (kod odpadu 19 01 99)".

Odwołujący zakwestionował wskazaną wyżej czynność poprawienia oferty odwołującego w pismach skierowanych do zamawiającego w dniach 29 grudnia 2017 r. i 15 stycznia 2018 r.

Pismem z dnia 6 lutego 2018 r. zamawiający poinformował odwołującego o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej. Z zawiadomienia o wyborze odwołujący dowiedział się, że do oceny oferty odwołującego w ramach przyjętego kryterium oceny (tj. cena - waga 100%) zamawiający przyjął kwotę 6 277 200 zł jako cenę brutto oferty. Zamawiający wskazał w piśmie, że *powyższy błąd rachunkowy ma charakter oczywisty i bezsporny, polega bowiem na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, podaniu błędnej sumy powstałej z iloczynu ceny jednostkowej za 1 Mg i szacowanej ilości odpadów danego rodzaju.*

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Warunkiem wniesienia odwołania przez wykonawcę, uczestnika konkursu oraz inny podmiot, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., jest wykazanie, że ma on lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący musi zatem dowieść, że posiada lub posiadał potrzebę uzyskania zamówienia oraz wykazać, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p.

W rozpoznawanym przypadku obie przesłanki zostały przez odwołującego spełnione. Niewątpliwie posiada on nadal potrzebę uzyskania zamówienia, skoro złożył ofertę w postępowaniu i wciąż deklaruje chęć zawarcia umowy. W ocenie Izby wykazał on również możliwość poniesienia szkody spowodowanej obniżeniem ceny, za jaką może uzyskać zamówienie. Fakt wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu

nie neutralizuje możliwości poniesienia szkody, skoro efektem tej czynności będzie zawarcie umowy za cenę o około 500 tys. zł niższą od zaoferowanej.

Izba uznała, iż złożone odwołanie jest bezzasadne, ponieważ fundamentalny zarzut odwołania, tj. poprawienie oferty odwołującego z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p., został podniesiony po upływie terminu wskazanego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., natomiast słuszność pozostałych zarzutów determinowana była uznaniem tego zarzutu za uzasadniony.

O poprawieniu oferty odwołujący został poinformowany w dniu 18 grudnia 2017 roku za pośrednictwem poczty elektronicznej (okoliczność bezsporna). Termin na wniesienie odwołania wobec tej czynności upływał zatem w dniu 28 grudnia 2017 roku. Zgodnie bowiem z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Izba nie podziela stanowiska, jakoby odwołujący nie miał wówczas interesu we wniesieniu odwołania, ponieważ zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru najkorzystniejszej oferty. W momencie dokonania czynności poprawienia oferty odwołującego zmaterializował się interes odwołującego we wniesieniu odwołania polegający na zaistnieniu przesłanek, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. Interes ten był analogiczny do interesu we wniesieniu niniejszego odwołania, tzn. odwołujący miał potrzebę uzyskania zamówienia i mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, polegającą na zawarciu umowy za cenę niższą od zaoferowanej.

W ocenie Izby, stanowisko, iż termin do wniesienia odwołania dla odwołującego otworzył się dopiero w dniu poinformowania go o wyborze najkorzystniejszej oferty, nie zasługuje na uwzględnienie. Treść art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. nie pozostawia w tym zakresie wątpliwości – termin ten rozpoczyna swój bieg w dniu przesłania informacji o czynności stanowiącej podstawę jego wniesienia. Ustawa P.z.p. nie przewiduje możliwości zmiany tego terminu poprzez poinformowanie zamawiającego o tym, że wykonawca nie wyraża zgody na dokonaną czynność.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Jest to jedyna, przewidziana przez ustawę P.z.p., możliwość wyrażenia stanowiska przez wykonawcę, który

kwestionuje czynność poprawienia jego oferty. Dyspozycja wskazanego przepisu nie dotyczy niniejszej sprawy, ponieważ zamawiający dokonał poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2, nie zaś pkt. 3 ustawy P.z.p. Odwołujący mógł zatem wyrazić swój sprzeciw wobec dokonanej czynności jedynie poprzez wniesienie odwołania, w terminie liczonym od dnia powiadomienia go o dokonanej poprawie.

W związku z tym, że odwołujący nie wniósł w terminie odwołania na czynność poprawienia jego oferty, pozostałe zarzuty odwołania należy uznać za bezprzedmiotowe i – jako takie – podlegające oddaleniu. Czynność zamawiającego, o której odwołujący został powiadomiony w dniu 18 grudnia 2017 roku, stała się bowiem czynnością wiążącą i nieodwoalną. Tym samym brak jest podstaw do nakazania zamawiającemu zastosowania art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., ponieważ ewentualne ich zastosowanie prowadziłoby do wzruszenia czynności, która – jak już wyżej wskazano – wzruszeniu podlegać nie może.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....