

Sygn. akt: KIO 2785/13

WYROK
z dnia 18 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 grudnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2013 r. przez **PGE Obrót S.A. z siedzibą w Rzeszowie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Politechnikę Śląską w Gliwicach**

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża PGE Obrót S.A. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez PGE Obrót S.A. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **PGE Obrót S.A.** na rzecz **Politechniki Śląskiej** kwotę **3 700 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Politechnika Śląska w Gliwicach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa energii elektrycznej do obiektów Politechniki Śląskiej*.

W dniu 4 grudnia 2013 r. wykonawca PGE Obrót S.A. z siedzibą w Rzeszowie wniósł odwołanie wobec zaniechania poprawienia przez Zamawiającego omyłki rachunkowej w ofercie Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz ewentualnie naruszenie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że w wyniku omyłki zamieścił w swojej ofercie zamiast właściwej ceny brutto 9.014.670,00 zł, cenę netto 7.329.000,00 zł. Wskazał również, że jego oferta także po doliczeniu kwoty podatku VAT obliczonego według stawki 23 %, jest ofertą najkorzystniejszą. Według Odwołującego, powodem podania ceny netto w ofercie było opaczne zrozumienie formularza oferty cenowej przez pracownicę sporządzającą ofertę i bezwiedne przemnożenie ceny jednostkowej netto przez planowane dwuletnie zużycie energii. Zdaniem Odwołującego formularz oferty przygotowany przez Zamawiającego był niejasny.

Odwołujący wskazał, że jego oferta odbiega co do swojej wysokości w dół od pozostałych ofert złożonych w postępowaniu o ponad dwadzieścia trzy procent, zatem należy uznać, że zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący przed terminem wyboru najkorzystniejszej oferty, mimo zaniechania przez Zamawiającego wezwania do udzielenia wyjaśnień dotyczących wysokości ceny, wyjaśnił zaistnienie powyższego zdarzenia, kwalifikując je do omyłek. Mimo to Zamawiający po pierwsze nie uznał okoliczności za omyłkę możliwą do poprawienia, a po drugie - ujawnionej okoliczności nie przydał żadnego znaczenia dla biegu postępowania i dokonał wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego, wybór oferty z ceną niezawierającej podatku od towarów i usług nie może się zostać utrzymany ze względu na treść art. 2 pkt 1 ustawy Pzp w związku z przepisami o cenach. W ocenie Odwołującego, treść jego oferty należy rozpatrzyć przez pryzmat postanowień art. 87 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie omyłek. Odwołujący podniósł, że w świetle tego przepisu oraz złożonych wyjaśnień nie potrzeba żadnej specjalistycznej wiedzy ani dokonywania obliczeń aby ustalić, że cena z oferty wykonawcy nie zawiera

w ogóle podatku od towarów i usług. Poprawienie takiego uchybienia powinno nastąpić przez doliczenie przez Zamawiającego do ceny ofertowej wartości podatku od towarów i usług w stawce podstawowej 23%. Odwołujący wskazał, że ocena zaistniałej sytuacji powinna brać pod uwagę zasadnicze cele postępowania wyrażające się w tym, że oferta wykonawcy po poprawieniu w ww. sposób jest nadal dla zamawiającego ofertą najkorzystniejszą.

Na wypadek niepodzielenia przez Izbę powyższego stanowiska Odwołujący podniósł, że oferta dotknięta jest błędem w obliczeniu ceny, a w razie przyjęcia nawet, że obliczenia nie miały miejsca i nie zachodzi kwalifikowany błąd z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, to jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. art. 84 KC z powodu dotknięcia innym błędem.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia odmowy poprawienia oferty odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa energii elektrycznej do obiektów Politechniki Śląskiej o łącznym szacowanym wolumenie 30,35 GWh (+15%), tj. w okresie do 31 grudnia 2015 r. - ogółem 34,90 GWh.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona w dniu 25 września 2013 r. na kwotę 8.511.472,46 zł na podstawie kalkulacji Zamawiającego.

Zgodnie z punktem VII SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny), cena podana w ofercie cenowej powinna zawierać wszystkie koszty związane z prawidłową realizacją zamówienia, zgodnie ze wszystkimi wymaganiami zawartymi w SIWZ. Wykonawca może podać tylko jedną cenę ogółem w PLN zawierającą wszystkie składniki cenotwórcze w tym w szczególności podatek VAT. Jako kryterium oceny ofert zostało przyjęte kryterium ceny (pkt VIII ppkt 2 SIWZ)

W załączniku nr 1 do SIWZ (Oferta cenowa) Zamawiający wymagał wypełnienia tabeli poprzez podanie ceny jednostkowej energii we wszystkich grupach taryfowych oraz ceny ogółem za dwuletnie zużycie energii - wynikającej z przemnożenia ceny jednostkowej przez planowane dwuletnie zużycie energii (tj. 34.900 MWh). W instrukcji pod tabelą Zamawiający podał, że cena jednostkowa powinna być podana w formacie 0,0000 zł, tj.

z dokładnością do czterech miejsc po przecinku, natomiast cena ogółem powinna być podana w formacie 0,00 zł, tj. z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Zamawiający zamieścił pod tabelą informację, że wykonawca krajowy podaje ceny brutto (z podatkiem VAT), wykonawca zagraniczny podaje ceny netto (bez podatku VAT).

Zamawiający żądał wniesienia wadium w wysokości 200.000 zł (Pkt V SIWZ).

W wyznaczonym terminie wpłynęły cztery oferty:

- oferta Nr 1 z ceną 9.319.022,43 zł (oferta odrzucona)
- oferta nr 2 z ceną 9.045.731,00 zł,
- oferta nr 3 (oferta Odwołującego) z ceną 7.329.000,00 zł,
- oferta nr 4 z ceną 9.029.694,45 zł.

Otwarcie ofert nastąpiło, zgodnie z postanowieniem punktu III SIWZ, w dniu 8 listopada 2013 r.

W dniu 15 listopada 2013 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego pismo (znak: SWO/IK/3561B/2013), w którym wyjaśnił, że oferta cenowa zawiera omyłkę polegającą na prezentacji ceny netto w miejsce wymaganej kwoty brutto. Odwołujący podał, że cena brutto powinna wynosić 9.014.670,00 zł i wniósł o wzięcie pod uwagę wskazanych okoliczności. W odpowiedzi na powyższe pismo Zamawiający w dniu 25 listopada 2013 r. poinformował, że ustawa Pzp nie przewiduje wprowadzania w treści oferty zmian, o które wniósł Odwołujący oraz że oferta Odwołującego nie zawiera błędów ani omyłek, a cena jest dla wykonawcy wiążąca i nie można jej negocjować ani zmieniać. Odwołujący poinformował, że nie ma podstaw, aby kwestionować poprawność złożonej oferty.

W dniu 25 listopada 2013 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez PGE Obrót S.A., z ceną 7.329.000,00 zł.

Izba ustaliła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby brak było podstaw do poprawienia ceny oferty Odwołującego, nie wystąpiły bowiem okoliczności określone w przepisach art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Po pierwsze, na podstawie okoliczności sprawy nie można jednoznacznie stwierdzić, że określenie wysokości wynagrodzenia w ofercie Odwołującego na poziomie 7.329.000,00 zł było wynikiem omyłki. Zaistnienie omyłki w ustaleniu wynagrodzenia w takiej wysokości wynika jedynie z oświadczenia Odwołującego złożonego dopiero po otwarciu ofert, kiedy to Odwołujący znał już ceny ofert konkurencyjnych. Na prawdopodobieństwo omyłki nie wskazuje natomiast sposób ukształtowania postanowień SIWZ dotyczących ceny oferty. Postanowienia te należy uznać za jasne i precyzyjne, wprost wskazujące na obowiązek ustalenia tego wynagrodzenia z uwzględnieniem podatku od towarów i usług (w przypadku wykonawców krajowych).

Mimo braku okoliczności jednoznacznie przesądzających wystąpienie omyłki w ofercie Odwołującego nie można wykluczyć, że przy sporządzaniu oferty popełniony został błąd polegający na niezamierzonym podaniu zaniżonego o wartość podatku VAT wynagrodzenia. Nawet jednak przy przyjęciu założenia, że Odwołujący omyłkowo podał w ofercie wartość, do której nie doliczył podatku od towarów i usług, Izba nie dopatryła się podstaw do poprawienia takiej omyłki.

W treści odwołania wykonawca powoływał się na wystąpienie w ofercie omyłki rachunkowej, żądając jednocześnie poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (tj. poprawienia innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty). W ocenie Izby oferta Odwołującego nie mogła zostać poprawiona ani jako zawierająca oczywistą omyłkę rachunkową, ani inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ.

Brak możliwości poprawienia ceny oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wynika z faktu, że w ofercie tej nie wystąpiły oczywiste błędy rachunkowe będące konsekwencją błędnego przeprowadzenia określonych działań arytmetycznych. Przywołany wyżej przepis stanowi, że Zamawiający poprawia w ofercie: oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, że oczywiste omyłki rachunkowe to omyłki w przeprowadzonych działaniach na liczbach (tak. m.in. w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej: z 18 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 783/13, z 5 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1202/13). Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu w formularzu ofertowym wykonawcy podawali jedną kwotę, stanowiącą wynagrodzenie wykonawcy w kwocie brutto (w przypadku wykonawców krajowych), oferta nie prezentuje więc żadnych

operacji matematycznych, w których można by stwierdzić popełnienie jakiegokolwiek błędu rachunkowego, w tym błędu mającego oczywisty charakter.

Nie ma także podstaw do stwierdzenia, że oferta wykonawcy jest niezgodna z SIWZ. Niezgodność taka nie wynika z treści oferty ani z innych okoliczności sprawy, a jedynie z oświadczenia Odwołującego. Wykluczone jest zatem zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tym bardziej, że podwyższenie podanego w ofercie wynagrodzenia wykonawcy o 23% trudno uznać za nieistotną zmianę oferty.

Ponadto należy stwierdzić, że ewentualne poprawienie oferty Odwołującego stałoby w sprzeczności z zasadą niezmienności oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dopuszczenie poprawienia oferty poprzez podwyższenie jej ceny o 23% w sytuacji, gdy wykonawca zna już ceny ofert złożonych przez pozostałych wykonawców i może ocenić, że nawet po podwyższeniu wynagrodzenia jego oferta pozostanie najkorzystniejsza, mogłoby prowadzić do manipulowania przez wykonawców ceną oferty i wynikiem postępowania.

Nie zasługuje również na uwzględnienie stanowisko Odwołującego o wystąpieniu błędu w oświadczeniu woli i możliwości uchylenia się od skutków prawnych tego oświadczenia na podstawie art. 84 § 1 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z tym przepisem, w razie błędu co do treści czynności prawnej można uchylić się od skutków prawnych swego oświadczenia woli, jeżeli jednak oświadczenie woli było złożone innej osobie, uchylenie się od jego skutków prawnych dopuszczalne jest tylko wtedy, gdy błąd został wywołany przez tę osobę, chociażby bez jej winy, albo gdy wiedziała ona o błędzie lub mogła z łatwością błąd zauważyć. W niniejszej sprawie nie wystąpiły żadne okoliczności pozwalające twierdzić, że ewentualny błąd w oświadczeniu woli Odwołującego został wywołany przez Zamawiającego. Jak już wyżej wspomniano, postanowienia SIWZ w zakresie sposobu prezentacji ceny oferty były zrozumiałe i nie wprowadzały w błąd. Brak jest też jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia, że w chwili otrzymania oferty Zamawiający wiedział o błędzie lub mógł ten błąd z łatwością zauważyć. W momencie otwarcia oferty nie było żadnych okoliczności mogących wskazywać na zaistnienie w niej wady oświadczenia woli. Oferta zawierała kwotę wynagrodzenia wykonawcy, która zgodnie z instrukcją zamieszczoną w formularzu ofertowym, winna być kwotą brutto. Z kolei fakt, że wynagrodzenie to było najniższe spośród zaoferowanych w postępowaniu Zamawiający mógł uznać za naturalną konsekwencję konkurowania wykonawców, nie zaś za okoliczność usprawiedliwiającą przekonanie o wystąpieniu wady oświadczenia woli.

Nie zasługują na uwzględnienie także zarzuty ewentualne dotyczące konieczności odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na wystąpienie w niej rażąco niskiej ceny, jak również błędu w obliczeniu ceny. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że Odwołujący nie ma w podnoszeniu tych zarzutów interesu, rozumianego jako dążenie do uzyskania zamówienia. Odwołujący podnosi bowiem zarzuty skierowane przeciwko własnej ofercie i zmierzające do jej odrzucenia, nie zaś do uzyskania zamówienia.

Niezależnie jednak od powyższego należy stwierdzić, że różnica między cenami ofert złożonych w postępowaniu nie uzasadnia tezy o wystąpieniu w ofercie Odwołującego ceny rażąco niskiej. Różnice cen występujące w niniejszym postępowaniu mogą wynikać raczej z istoty przetargu i rywalizowania wykonawców, nie zaś zaoferowania ceny, za którą niemożliwe jest uzyskanie zamówienia (co istotne, Odwołujący nie przedstawił na tę okoliczność żadnych dowodów ani nawet argumentów uprawdopodobniających tę tezę). Fakt, że wykonanie zamówienia za cenę podaną w ofercie nie jest dla Odwołującego opłacalne w stopniu, jakiego oczekiwał, nie może być utożsamiane z zaoferowaniem rażąco niskiej ceny.

Nie można również podzielić stanowiska o wystąpieniu w ofercie Odwołującego błędu w obliczeniu ceny. Zamawiający nie określił w postanowieniach SIWZ, w jaki sposób cena ma być obliczona. Obowiązkiem wykonawców było jedynie podanie jednej kwoty, stanowiącej wynagrodzenie za realizację zamówienia, a kwota ta miała uwzględniać podatek od towarów i usług. Zamawiający analizując ofertę nie miał żadnych podstaw twierdzić, że podana kwota takiego podatku nie uwzględnia. Okoliczność ta wynika wyłącznie z oświadczenia wykonawcy, a to nie uzasadnia tezy o wystąpieniu błędu w obliczeniu ceny.

W związku z niestwierdzeniem naruszenia przepisów ustawy Pzp, zostało oddalone.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: