

WYROK

z dnia 12 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2011 r. przez wykonawcę **IMPEXRUR S.A., ul. Lipińskiego 109, 38-500 Sanok** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., ul. M. Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Alchemia S.A., ul. Łucka 7/9, 00-842 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 2555/11 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Alchemia S.A., ul. Łucka 7/9, 00-842 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **IMPEXRUR S.A., ul. Lipińskiego 109, 38-500 Sanok** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Alchemia S.A., ul. Łucka 7/9, 00-842 Warszawa** na rzecz wykonawcy **IMPEXRUR S.A., ul. Lipińskiego 109, 38-500 Sanok** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Zakup rur wraz z osprzętem do otworów wydobywczych na rok 2011 i 2012”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2011/S 167-276511 w dniu 1 września 2011 r. Zamówienie zostało podzielone na 12 części. W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający przewidział aukcję elektroniczną

Odwołujący: IMPEXRUR S.A. z siedzibą w Sanoku wniósł w dniu 30 listopada 2011 r. odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 5 zamówienia, złożonej przez Alchemia S.A. z siedzibą w Warszawie. Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez przyjęcie, że niezgodność treści oferty Alchemia S.A. z przedmiotem zamówienia opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia może być poprawiona jako oczywista omyłka pisarska lub rachunkowa;
2. art. 89 ust. 1. pkt 2 Pzp., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Alchemia S.A. w zakresie dotyczącym części 5 zamówienia, poprzez zaoferowanie mniejszej ilości rur i łączników niż wymagana przez zamawiającego w treści siwz;
3. art. 91 b ust. 1 Pzp. poprzez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy Alchemia S.A., który złożył ofertę podlegającą odrzuceniu;
4. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu.

Ponadto, z ostrożności odwołujący podniósł naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp, poprzez nieodrzućenie oferty Alchemia S.A. zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Alchemia S.A. w zakresie części 5 zamówienia;
- odrzucenia oferty Alchemia S.A. w zakresie części 5 zamówienia;
- powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 5,
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z zaproszeniem do udziału w aukcji elektronicznej z dnia 10 listopada 2011, złożył on ofertę najkorzystniejszą pod względem ceny. W wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej z udziałem bezpodstawnie dopuszczonej firmy Alchemia S.A. oferta odwołującego uzyskała drugie miejsce. W przypadku uznania

zasadności odwołania powinno dojść do odrzucenia oferty Alchemia S.A. i tym samym - do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, iż za niedopuszczalne należy uznać poprawienie niezgodności treści oferty Alchemia S.A. z treścią siwz w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp, czego dopuścił się zamawiający. W dniu 15 listopada 2011 r. Alchemia S.A. przekazała zamawiającemu pismo wskazujące na wystąpienie w treści złożonej oferty „oczywistych omyłek rachunkowych” mających polegać na omyłkowym wpisaniu kwot cen jednostkowych oferowanych elementów w formularzu oferty oraz omyłkowym wpisaniu ilości oferowanych przedmiotów.

Zamawiający w dniu 16 listopada 2011 r. uznał ww. omyłki za oczywiste omyłki pisarskie i „wynikające z nich” omyłki rachunkowe i poprawił je zgodnie ze wskazaniem wykonawcy Alchemia S.A. Informację tę odwołujący powziął w dniu 28 listopada 2011 r. w wyniku zapoznania się z treścią protokołu nr 3 dotyczącego wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 18 listopada 2011 r..

Zdaniem odwołującego, czynność poprawienia omyłek w treści oferty Alchemia S.A. nie znajduje oparcia w treści art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp. Poważne wątpliwości w przypadku ww. omyłek budzi ich oczywistość, a wobec braku tej cechy, w myśl ww. przepisów, omyłki pisarskie lub rachunkowe nie mogą być poprawione. Odwołujący wskazał na przyjętą w orzecznictwie interpretację pojęcia „oczywiste” (wyrok Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 4 lipca 2007 r. UZP/ZO/0-776/07 UZP/ZO/0-809/07, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 września 2010 r. KIO 1867/10, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 marca 2009 r. KIO/UZP215/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2010 r. KIO/UZP 621/10; wyrok ZA z dnia 4 lipca 2007 r. UZP/ZO/0-776/07 UZP/ZO/0-809/07), zgodnie z którą za oczywistą omyłką pisarską uznaje się omyłkę widoczną, niezamierzoną niedokładność, błąd pisarski lub inną podobną usterkę w tekście. Omyłka polegająca na błędnym wpisaniu ilości oferowanych elementów nie mieści się w pojęciu oczywistej omyłki pisarskiej w świetle wskazanych wyroków, w szczególności nie jest zauważalna na pierwszy rzut oka. Odwołujący dodał, że oferta wykonawcy Alchemia S.A. w żaden sposób nie wskazuje, że chciał on złożyć oświadczenie woli o innej treści niż to, które zostało rzeczywiście złożone, natomiast fakt, że oświadczenie to jest niezgodne z przedmiotem zamówienia nie przesądza, że popełniona została omyłka.

Ponadto, wykonawca Alchemia S.A. w piśmie z dnia 15 listopada 2011 r. nie wykazał, że doszło do pomyłki przy składaniu oferty. Zamawiający dowiedział się o występowaniu rzekomej omyłki i dokonał jej poprawienia wyłącznie w oparciu o oświadczenie Alchemia S.A. nie wchodzące w skład oferty, co dodatkowo sprzeciwia się możliwości uznania rzekomej omyłki za oczywistą.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Alchemia S.A. poczynił błędne założenie, polegające na przyjęciu mniejszej ilości jednostek oferowanych elementów. Rzekoma omyłka, polegająca na podaniu niewłaściwej ceny jednostkowej oferowanych elementów jest tym bardziej nieoczywista, że poprawienie rzekomej omyłki w zakresie punktu 8, zgodnie ze wskazaniami Alchemia S.A., prowadzi do zaniżenia ceny jednostkowej do poziomu 12,55 zł za jeden metr rury. Cena taka, co jest oczywiste dla każdego podmiotu profesjonalnie mającego do czynienia z wyrobami tego rodzaju, jest drastycznie niska i znacząco odbiega od kosztów produkcji. Zatem skutki poprawienia omyłki, sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego, wykluczają zaakceptowanie omyłki jako oczywistej.

Oferta Alchemia S.A. jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w siwz, w zakresie dotyczącym części 5 zamówienia. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w siwz wymagał, aby dostawą objęte zostało m.in. 3.400 metrów rur okładzinowych 5" x 6,43 J55 BTC oraz 5 sztuk łączników cz x cz 5" x 6,43 J55 BTC (zgodnie z rozdziałem 3.2 SIWZ, tabela na stronie 5, opisująca przedmiot zamówienia objęty częścią 5, pkt. 8 i 9), tymczasem wykonawca Alchemia S.A. złożył ofertę na 400 metrów rur okładzinowych 5" x 6,43 J55 BTC oraz 2 sztuki łączników cz x cz 5" x 6,43 J55 BTC, jak wynika z formularza ofertowego tego wykonawcy. W tych okolicznościach zamawiający powinien dokonać odrzucenia oferty, zgodnie z art. 89 ust. 1. pkt 2 Pzp.

Odwołujący podniósł także, że na skutek nieodrzczenia oferty Alchemia S.A. doszło do naruszenia art. 91 b ust. 1 Pzp, który nakazuje zaproszenie do aukcji elektronicznej wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu. W przedmiotowym przypadku wynik aukcji elektronicznej powinien być dokonany z pominięciem oceny oferty Alchemia S.A., zwłaszcza, że w trakcie aukcji elektronicznej nie dokonano żadnych postępień.

Ponadto, odwołujący wskazał na naruszenie art. 7 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż wybrany został wykonawca, którego oferta powinna być odrzucona.

Dodatkowo odwołujący podniósł, iż oferta wykonawcy Alchemia S.A. w zakresie części 5 zamówienia zawiera rażąco niską cenę (na skutek dokonanej przez zamawiającego poprawy „omyłek”). Konsekwencją zaniżenia cen jednostkowych za elementy wskazane w punkcie 8 i 9 oferty (część 5) jest możliwość poniesienia poważnych strat, gdyż koszt produkcji jednego metra bieżącego rury o właściwościach wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia jest kilkakrotnie wyższy od ceny zaoferowanej przez Alchemia S.A.

W dniu 2 grudnia 2011 r. wykonawca Alchemia S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 8 grudnia 2011 r. zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty zawarte w odwołaniu.

Zamawiający podzielił stanowisko odwołującego co do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 oraz w związku z art. 7 ust. 3, co skutkuje naruszeniem art. 91b ust. 1 Pzp. Zamawiający oświadczył, że nietrafnie zakwalifikował omyłki w ofercie Alchemia S.A. jako omyłki rachunkowe i pisarskie, co uzasadnia zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 oraz 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający przychylił się także do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp w następstwie błędnego poinformowania wykonawcy w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej, że złożona przez niego oferta uzyskała pierwszą pozycję. Zamawiający uznał za zasady zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, w wyniku zaniechania wezwania wykonawcy Alchemia S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie na rozprawie na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uwzględniając stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, co stanowi o legitymacji odwołującego do wniesienia odwołania.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy Alchemia S.A. Wykonawca zgłosił przystąpienie zgodnie z wymogami art. 185 ust. 2 Pzp. Wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania przystępujący zgłosił sprzeciw do protokołu w trakcie posiedzenia.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania. Podniesione w odwołaniu zarzuty dotyczą kilku czynności dokonanych przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, tj.: zaproszenia wykonawcy Alchemia S.A. do udziału w aukcji elektronicznej, wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej i dokonania przez zamawiającego poprawy treści oferty złożonej przez wykonawcę Alchemia S.A. w trybie art. 87 ust. 1 i 2 Pzp, a także zaniechania dokonania czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Izba zważyła, że zgodnie z art. 180 ust. 1 odwołanie przysługuje od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Stosownie do art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, odwołanie wnosi się „w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę do jego wniesienia ...”. Przepis ten dotyczy czynności (zaniechania dokonania czynności),

o których informację zamawiający jest zobowiązany przekazać wykonawcom na podstawie przepisów ustawy. Taką czynnością jest m.in. wybór oferty najkorzystniejszej (zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej), wykluczenie wykonawców (zaniechanie wykluczenia), a także odrzucenie ofert (zaniechanie odrzucenia ofert). Obowiązek informacyjny w powyższym zakresie wynika z art. 92 Pzp.

Przepis art. 182 ust. 3 Pzp określa termin do wniesienia odwołania wobec innych czynności niż określone w wyżej omówionym ust. 1 oraz w ust. 2, który dotyczy odwołania wobec treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Termin do wniesienia odwołania wobec „innych czynności” jest liczony od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Uwzględniając normę wynikającą z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp Izba uznała, że termin do wniesienia odwołania wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także wobec zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy został zachowany – zamawiający przesłał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu ofert w dniu 21 listopada 2011 r. Zauważyć należy, że ww. przepis wskazuje jako początek biegu terminu – moment przesłania informacji przez zamawiającego. Nie mają przy tym znaczenia w świetle tego przepisu inne okoliczności, takie jak np. pozyskanie przez wykonawcę informacji o czynności przez wnioskowanie z okoliczności faktycznych. Z tego względu Izba uznała, iż fakt, że w trakcie aukcji odwołujący dowiedział się że dopuszczony został wykonawca, którego oferta w jego ocenie podlegała odrzuceniu nie może stanowić początku biegu terminu do wniesienia odwołania wobec zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy. Fakt, iż zamawiający nie dokonał czynności odrzucenia ofert podlegających odrzuceniu przed zaproszeniem wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, powoduje, że termin do wniesienia odwołania rozpoczął bieg dopiero w dniu 21 listopada 2011 r., tj. w momencie przesłania stosownej informacji do wykonawców.

Biorąc pod uwagę, że do aukcji elektronicznej zaprasza się wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu należy uznać, że zamawiający przed rozpoczęciem aukcji musi dokonać czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucić oferty, które podlegają odrzuceniu. Jest to uzasadnione zarówno z uwagi na zasadę transparentności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak z punktu widzenia ochrony interesów wykonawców, którym przysługują środki ochrony prawnej. Zauważyć należy dodatkowo, że udział w aukcji wykonawcy, który złożył ofertę podlegającą odrzuceniu skutkować musi unieważnieniem aukcji elektronicznej przeprowadzonej z udziałem tej oferty, gdyż niewątpliwie ma on zwykle wpływ na wynik aukcji, a tym samym na wybór oferty najkorzystniejszej (jako konsekwencja dokonywanych przez wykonawców w ramach aukcji postąpień). Podkreślić należy, że w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego co do

zasady nie ma możliwości powtórzenia aukcji. Celem aukcji jest umożliwienie wykonawcom dodatkowego konkurowania w zakresie ceny. W ramach postępień następuje obniżenie cen ofertowych, co w konsekwencji może prowadzić do zmiany pierwotnego rankingu ofert opartego na cenach przedstawionych w ofertach. W ten sposób następuje zmiana cen ofert złożonych przez wykonawców uczestniczących w aukcji, która jest dokonywana w ramach procedury przewidzianej w przepisach prawa. Powyższa regulacja uwzględnia normę art. 82 ust. 1 Pzp, który stanowi, że wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę. W przypadku powtórzenia aukcji następowaloby de facto ponowne złożenie przez wykonawców nowych ofert cenowych, co jest niedopuszczalne w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba uznała, że zachowany został także termin na wniesienie odwołania wobec dokonanej przez zamawiającego poprawy treści oferty Alchemia S.A. Wobec wniosku złożonego przez odwołującego o udostępnienie protokołu postępowania, zamawiający przesłał odwołującemu jego kopię dopiero w dniu 28 listopada 2011 r. W tym dniu zatem odwołujący powziął i zarazem mógł powziąć wiadomość o ww. czynności. Stosownie do art. 182 ust. 3 Pzp, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania wobec tej czynności został zatem przez odwołującego zachowany.

Izba uznała za spóźniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 b ust. 1 Pzp. poprzez zaproszenie do aukcji elektronicznej wykonawcy składającego ofertę podlegającą odrzuceniu, ze względów wskazanych w pkt. 1 niniejszego odwołania. Termin na wniesienie odwołania wobec czynności zaproszenia wykonawcy do udziału w aukcji elektronicznej należy liczyć, zgodnie z art. 182 ust. 3 Pzp. Czynność powyższa stanowi „inną czynność” niż określona w ust. 1 i 2 ww. artykułu. Zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej jest kierowane odrębnie do każdego wykonawcy, a zamawiający nie ma obowiązku przesyłania informacji o tej czynności do wszystkich wykonawców. Skoro w przedmiotowym postępowaniu odwołujący powziął wiadomość o okoliczności zaproszenia wykonawcy Alchemia S.A. do udziału w aukcji elektronicznej w trakcie przebiegu aukcji (17 listopada 2011 r.), co sam przyznał na rozprawie, to termin 10 – dniowy na wniesienie odwołania wobec tej czynności upłynął w dniu 28 listopada 2011 r. (dzień 27 listopada 2011r. był dniem wolnym od pracy – niedziela). Biorąc pod uwagę, że odwołanie zostało wniesione w dniu 30 listopada 2011 r. należy uznać, że w tym zakresie odwołujący nie zachował ustawowego terminu.

Odnosząc się do zarzutów zawartych w odwołaniu, na wstępie podkreślić należy, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający przekazał wykonawcom błędne informacje, które mogły utrudnić korzystanie ze środków ochrony prawnej. Zamawiający przyznał na rozprawie, że przed złożeniem wyjaśnień przez wykonawcę Alchemia S.A. w dniu 16 listopada 2011 r. traktował te ofertę jako podlegającą odrzuceniu. Powyższa negatywna

ocena oferty wykonawcy Alchemia S.A. nie została jednak wprost zakomunikowana temu wykonawcy, ani pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu. Zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej w dniu 10 listopada 2011 r. zostały skierowane wyłącznie do czterech wykonawców, tj. z pominięciem firmy Alchemia S.A. Dopiero na skutek wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Alchemia S.A. w dniu 16 listopada 2011 r. zamawiający zmienił swoją pierwotną ocenę tej oferty i przekazał zaproszenie także temu wykonawcy na dzień przed terminem aukcji.

Ponadto, w zaproszeniach z dnia 10 listopada 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o uzyskanych przez nich pozycjach w rankingu ofert, biorąc pod uwagę kryterium cenowe określone w postępowaniu. Zamawiający podał m.in., że oferta odwołującego uzyskała pierwszą pozycję – 100 pkt dla części 5 zamówienia. W zaproszeniu skierowanym do firmy Alchemia S.A. w dniu 16 listopada 2011 r. zamawiający również poinformował, że ww. oferta uzyskała pierwszą pozycję z punktacją 100, tj. identycznie jak oferta odwołującego. Powyższe dowodzi, że zamawiający dokonał pewnej nieformalnej czynności powtórzenia oceny ofert z udziałem oferty firmy Alchemia S.A. Nie unieważnił przy tym wcześniejszej oceny i nie zmienił rankingu pozostałych ofert – nie przedstawił wykonawcom uzyskanej punktacji z uwzględnieniem oferty wykonawcy Alchemia S.A. W tych okolicznościach została następnie przeprowadzona aukcja elektroniczna, w ramach której nie zostały złożone żadne postąpienia, a oferta najkorzystniejsza została wybrana przez zamawiającego w oparciu o ceny pierwotnie zawarte w ofertach. Najniższa cena została zaoferowana przez firmę Alchemia S.A.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp., poprzez przyjęcie, że niezgodność treści oferty złożonej przez wykonawcę ALCHEMIA S.A. z przedmiotem zamówienia określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia mogła być poprawiona w ofercie jako oczywista omyłka pisarska lub rachunkowa, Izba uznała za zasadny.

Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z uwzględnieniem zmiany dokonanej przez zamawiającego w dniu 16 września 2011 r., w wyniku której zamawiający w części 5 zamówienia zwiększył zakres przedmiotowy zamówienia w pozycji nr 8 i 9, zamawiający wymagał dostarczenia m.in. rur okładzinowych 5' x 6,43j55 BTC w ilości 3400 m oraz łącznika cz x cz 5" x 6,43 J55 BTC w ilości 5 sztuk. Publikacja zmiany nastąpiła w dniu 16 września 2011 r. Zamawiający dokonał stosownej modyfikacji treści specyfikacji, w tym załącznika nr 2 do siwz – formularza oferty. Pierwotnie w pozycji nr 8 wymagano dostawy 400 m rur, natomiast w pozycji nr 9 – 2 szt. łącznika.

Zamawiający wymagał podania w formularzu ofertowym ceny za cały przedmiot zamówienia dla danej części oraz podania cen jednostkowych. Zgodnie z pkt 13.2 siwz

(sposób obliczenia ceny) cena całkowita musiała być obliczona „na podstawie cen jednostkowych za metr danego rodzaju rur lub za sztukę w przypadku pozostałego asortymentu”. Rozbicie przedmiotu zamówienia na poszczególne elementy oraz wymóg podania cen jednostkowych miał istotne znaczenie gdyż był związany ze sposobem rozliczenia za wykonanie przedmiotu zamówienia, określonym w treści siwz (wzoru umowy). W § 6 ust. 5 wzoru umowy zamawiający wskazał, że „Kupujący zapłaci Sprzedającemu cenę za faktycznie odebraną ilość przedmiotu umowy o jakości określonej w umowie”.

Z treści złożonej przez przystępującego oferty wynika, że wykonawca zaoferował w poz. 8 Tabeli, zawartej w formularzu ofertowym, 400 m rur okładzinowych 5' x 6,43j55 BTC w cenie jednostkowej 106,73 zł netto oraz w pozycji 9 - 2 szt. łącznika cz x cz 5" x 6,43 J55 BTC w cenie jednostkowej - 128,08 zł netto. Łączne ceny brutto w tych pozycjach wynosiły odpowiednio: w pozycji 8 – 52511,16 zł, w pozycji 9 – 315,08 zł. Kwoty te zostały zsumowane łącznie z pozostałymi pozycjami tabeli, co dało kwotę 13763108,57 zł – cenę oferty za wykonanie przedmiotu zamówienia w części 5.

W wyjaśnieniach złożonych przez przystępującego w dniu 16 listopada 2011 r. (pismo z dnia 15 listopada 2011 r.) wykonawca poinformował zamawiającego, że w pozycji nr 8 i 9 Tabeli dla części 5 pojawiły się oczywiste omyłki rachunkowe, które polegały na omyłkowym wpisaniu w pozycji 8 Tabeli w kolumnie „Cena jednostkowa netto” kwoty „106,73” zamiast „12,55”, a w kolumnie „Ilość” wartości „400” zamiast „3400” oraz polegały na omyłkowym wpisaniu w pozycji 9 Tabeli, w kolumnie „Cena jednostkowa netto” kwoty „128,08” zamiast „51,24”, a w kolumnie „Ilość” wartości „2” zamiast „5”. Przystępujący wskazał też, że „powyższe pozycje są jedynie pozycjami kalkulacyjnymi i nie wpływają w żaden sposób na wartość ujętą w pozycji głównej, tj. cenę brutto, która stanowi jedyne kryterium wyboru i która po poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych nie ulega zmianie”. Wykonawca załączył do wyjaśnień Tabelę stanowiącą część formularza ofertowego, zawierającą zmienione wartości w pozycjach 8 i 9.

Jak wynika z protokołu dotyczącego wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 18 listopada 2011 r. zamawiający w dniu 16 listopada 2011 r. dokonał poprawy treści oferty przystępującego w powyższym zakresie, zgodnie z wnioskiem złożonym przez wykonawcę. Zauważyć przy tym należy, że zamawiający nie udzielił wykonawcy żadnej odpowiedzi na złożony wniosek, a ponadto faktycznie nie dokonał w tym dniu poprawy treści oferty, o czym świadczy fakt, że w dniu 17 listopada 2011 r. (w dniu przeprowadzenia aukcji elektronicznej) przesłał odwołującemu kopię oferty przystępującego, która nie zawierała żadnych poprawek.

Z wyjaśnień przystępującego złożonych na rozprawie wynika, że wykonawca ten złożył ofertę na nieaktualnym formularzu ofertowym, tj. na formularzu nie uwzględniającym zwiększenia zakresu przedmiotowego zamówienia dla części 5, wprowadzonej dnia 16 września 2011 r. Wykonawca wyjaśniał, że omyłka dotyczyła wyłącznie ilości i cen

jednostkowych w pozycjach 8 i 9, natomiast cena oferty została skalkulowana prawidłowo, tj. z uwzględnieniem prawidłowego zakresu ilościowego zamówienia w tych pozycjach.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego. Izba uznała, że zamawiający nie miał podstaw, aby uznać, że niezgodność treści oferty firmy Alchemia S.A. w zakresie ilościowym przedmiotu zamówienia w poz. 8 i 9 Tabeli zawartej w formularzu ofertowym podlega poprawie jako oczywista omyłka rachunkowa lub oczywista omyłka pisarska. Jak wynika z wartości podanych w Tabeli wszystkie wymagane działania arytmetyczne w tej tabeli zostały dokonane prawidłowo. Wskazane przez wykonawcę w wyjaśnieniach z dnia 15 listopada 2011 r. ceny jednostkowe w pozycjach 8 i 9 nie znajdują oparcia w treści oferty. Mogą one wynikać wyłącznie z ponownego ich obliczenia przy przyjęciu innych ilości materiałów w tych pozycjach oraz tej samej ceny oferty ogółem. Wskazać jednak należy, że podane w ofercie ilości nie są skutkiem wpisania ich przez wykonawcę, bowiem zostały one określone w formularzu przez zamawiającego i nie podlegały uzupełnieniu przez wykonawcę. Błąd wykonawcy polegał wobec tego na użyciu nieaktualnego formularza – formularza nieuwzględniającego zmiany treści siwz. W ocenie Izby jest to błąd istotny, który w żadnym razie nie stanowi ani omyłki pisarskiej ani też omyłki rachunkowej. Wynika on z niezachowania należytej staranności przez wykonawcę przy sporządzaniu oferty. W utrwalonym orzecznictwie w powyższym zakresie za oczywistą omyłką pisarską uznaje się omyłkę widoczną na pierwszy rzut oka, niezamierzoną niedokładność, błąd pisarski lub inną podobną usterkę w tekście. Ponadto, oczywista omyłka to taka, która poza łatwością jej zauważenia, a sposób jej poprawienia nasuwa się sam. W niniejszym stanie faktycznym nie można mówić ani o omyłce rachunkowej – w zakresie obliczenia cen jednostkowych, ani o omyłce pisarskiej. Z treści złożonej oferty nie wynika nawet w najmniejszym stopniu, że cena zaoferowana przez przystępującego za wykonanie całego przedmiotu zamówienia jest wynikiem sumowania innych wartości, niż te które faktycznie zostały podane w pozycjach nr 8 i 9. Jak słusznie zauważył odwołujący rzekoma omyłka, polegająca na podaniu niewłaściwych cen jednostkowych oferowanych elementów jest tym bardziej nieoczywista, że poprawienie omyłki w zakresie punktu 8, zgodnie ze wskazaniem Alchemia S.A. prowadzi do zaniżenia tejże ceny jednostkowej do poziomu 12,55 PLN za jeden metr rury. Jak wynika z przedstawionej przez odwołującego na rozprawie przykładowej oferty przystępującego na ten przedmiot zamówienia, cena ta jest znacznie niższa (kilkakrotnie), co uzasadnia twierdzenie, że nawet jeśli uznać, że jest to omyłka, to jednak wyklucza to uznanie takiej omyłki za oczywistą.

Izba stwierdziła w tych okolicznościach, że niezgodności treści oferty przystępującego w pozycjach 8 i 9 Tabeli nie podlegają poprawie ani jako oczywiste omyłki pisarskie, ani też jako oczywiste omyłki rachunkowe. W tym zakresie wyjaśnienia wykonawcy prowadzą de

facto do zmiany treści oferty. Nie ma tu znaczenia fakt, że ewentualna poprawa nie miałaby wpływu na cenę oferty. Błąd co do ilości zaoferowanego przedmiotu zamówienia wynika jednoznacznie z treści oferty. Zmianę oświadczenia wykonawcy w tym zakresie należy uznać za niedopuszczalną zmianę treści w świetle art. 87 ust. 1 Pzp. Podkreślić trzeba także, że ogólne oświadczenie wykonawcy co do uwzględnienia w ofercie wszystkich wymagań specyfikacji nie może stanowić podstawy do dokonania poprawek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp wówczas gdy oferta zawiera jednoznaczne i szczegółowe oświadczenie wykonawcy co do zaoferowanego zakresu przedmiotu zamówienia, nieodpowiadającego zakresowi określonymu w siwz.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w wyniku zaniechania odrzucenia oferty firmy Alchemia S.A. której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podkreślić należy, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w szczególności w przypadku, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi opisanemu w siwz co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów dotyczących wykonania przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Jak wskazano w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych „Prawo Zamówień Publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.” pod red. J. Sadowego, Warszawa 2008, str. 117 i nast. „Ustawa dopuszcza również poprawianie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy). Poprawianie omyłek na podstawie cyt. przepisu dotyczy omyłek nie mających charakteru oczywistego oraz niekoniecznie odnosi się do ceny, a więc może dotyczyć również innych elementów złożonej oferty. (...) Na podstawie cyt. przepisu można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień.”

Jak wynika z okoliczności tej sprawy doprowadzenie treści oferty przystępującego do zgodności z siwz wymaga całkowitej zmiany treści zapisów w pozycjach 8 i 9 w zakresie ilości oraz cen jednostkowych. Dokonanie takiej zmiany w treści oferty wykracza poza

dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ zamawiający nie może bez udziału wykonawcy samodzielnie zmian powyższych dokonać - nie wynikają one w żadnym stopniu z treści oferty. Ponadto, treść oferty w powyższym zakresie nie budzi żadnych wątpliwości, które mogłyby podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Z powyższych względów Izba uznała, że wykonawca Alchemia S.A. złożył ofertę o treści nieodpowiadającej treści siwz w zakresie dotyczącym części 5 zamówienia, poprzez zaoferowanie mniejszej ilości rur i łączników, niż wymagana przez zamawiającego i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Alchemia S.A. zawierającej rażąco niską cenę na skutek dokonanej poprawy treści oferty przez zamawiającego, Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, iż zaoferowana przez przystępującego cena oferty jest nierealna lub została skalkulowana poniżej kosztów produkcji. Odwołujący przedstawił w uzasadnieniu zarzutu okoliczności dotyczące zniżenia cen wyłącznie w odniesieniu do dwóch pozycji - z dziewięciu pozycji stanowiących przedmiot zamówienia w części 5, a zarazem nie wykazał, że tak znaczne obniżenie cen w tych pozycjach powoduje, że zamówienie w pełnym zakresie nie może być prawidłowo zrealizowane za cenę przedstawioną w ofercie. Zarzut rażąco niskiej ceny należy bowiem odnosić do ceny całej oferty. Ponadto, w przypadku wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Biorąc pod uwagę fakt, że treść oferty przystępującego nie podlegała poprawie nie sposób też uznać, że zarzut rażąco niskiej ceny w odniesieniu do pierwotnej treści oferty jest zasadny.

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp, zważywszy, że umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta.

Biorąc pod uwagę, że w przeprowadzonej w dniu 17 listopada 2011 r. aukcji elektronicznej nie zostały dokonane żadne postąpienia, a wybór oferty najkorzystniejszej w związku z tym następuje w oparciu o ceny zawarte w ofertach, Izba uznała, iż udział w aukcji wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu nie miał wpływu na przebieg aukcji. Izba nie nakazała w związku z powyższym unieważnienia aukcji. Z uwagi na spełnienie wymogu art. 91 a ust. 1 Pzp co do minimalnej ilości uczestników aukcji, aukcja pozostaje ważna, a w związku z tym zamawiający powtarzając ocenę ofert ma możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert pozostałych czterech wykonawców.

Uwzględniając powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 i art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 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: