

WYROK

z dnia 13 grudnia 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2012 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 grudnia 2012 roku przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „PHOENIX BUSINESS” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Rudzie Śląskiej i DGP CLEAN PARTNER Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy** w postępowaniu prowadzonym przez **Katowicki Holding Węglowy Spółkę Akcyjną w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **PETROLIS Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zwoleniu**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Katowickiemu Holdingowi Węglowemu Spółce Akcyjnej w Katowicach** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę **PETROLIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zwoleniu** i dokonanie ponownej oceny ofert
2. kosztami postępowania obciąża **Katowicki Holding Węglowy Spółkę Akcyjną w Katowicach** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „PHOENIX BUSINESS” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Rudzie Śląskiej i DGP CLEAN PARTNER Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od zamawiającego – **Katowickiego Holdingu Węglowego Spółki Akcyjnej w Katowicach** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „PHOENIX BUSINESS” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Rudzie Śląskiej i DGP CLEAN PARTNER Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Katowicki Holding Węglowy SA w Katowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy oleju napędowego do Katowickiego Holdingu Węglowego SA w okresie od dnia zawarcia umowy do 31 grudnia 2012 roku.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 3 grudnia 2012 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum: „PHOENIX BUSINESS” Sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej i DGP CLEAN PARTNER Sp. z o.o. w Legnicy (dalej: odwołujący się) wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 oraz art. 91 ust 1 ustawy przez zmianę ceny Wykonawcy Petrolis sp. z o.o., poprzez błędne przyjęcie, iż podana w ofercie i przedstawiona w trakcie otwarcia ofert cena powstała w wyniku omyłki rachunkowej lub omyłki nie powodującej istotnych zmian w treści oferty i nie została odrzucona oraz poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy pomimo niezłożenia dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w SIWZ.

Odwołujący się wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę PETROLIS Sp. z o.o. z siedzibą w Zwoleniu przy ulicy Władysława Jagiełły 10a/204.
2. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty firmy PETROLIS Sp. z o.o. z siedzibą w Zwoleniu przy ulicy Władysława Jagiełły 10a/204.
3. nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego i udzielenie odwołującemu zamówienia.

4. zasądzenie kosztów postępowania oraz zwrot kosztów zastępstwa prawnego (uzasadnionych kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika) według norm przepisanych

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że w punkcie 12.4 SIWZ zamawiający określił sposób wyliczenia ceny oleju napędowego do oferty wskazując, iż cena jednostkowa netto oleju napędowego [zł/m³] = cena jednostkowa hurtowa netto producenta na dzień 18.09.2012r. [zł/m³] pomniejszona o rabat lub powiększona o marżę handlową wykonawcy.

Cena hurtowa jednostkowa netto producenta przyjęta do kalkulacji w ofercie musi być udokumentowana poprzez złożenie do ofert wydruku ze strony internetowej Producenta przedmiotu zamówienia np. Grupa Lotos S.A (...), przedstawiającego cenę jednostkową netto oleju napędowego wraz z podaniem strony internetowej, na której w/w cena jest publikowana. Cena, o której mowa powyżej winna odnosić się do temperatury referencyjnej 15 stopni C i obowiązywać na dzień 18.09.2012 r.

Zamawiający, w wyniku przeprowadzonych badań oraz oceny nadesłanych ofert w przedmiotowym postępowaniu przetargowym nie odrzucił oferty złożonej przez firmę PETROLIS Sp. z o.o. z siedzibą w Zwoleniu, której treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawierała błędy w obliczeniu ceny, przez co naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 oraz 91 ust 1 ustawy.

Odwołujący się podniósł, że w ofercie wykonawcy PETROLOIS Sp. z o.o.

a) brak jest obligatoryjnego oświadczenia producenta oleju napędowego, o którym mowa w Rozdziale II pkt 2.4. SIWZ, z którego winno wynikać że ww. wymieniony oferent ma prawo posługiwać się dokumentami wyszczególnionymi w pkt. 2.3. lit. a) oraz lit. b), co powoduje, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem oferta winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy

b) podana przez oferenta cena jednostkowa hurtowa netto producenta w wysokości 4.511,00 zł/m³ jest ceną oleju napędowego z dnia 18 października 2012 roku, zamiast obowiązującą w dniu 18 września 2012 roku w wysokości 4.516,00 zł/m³, o której mowa w pkt 12 ppkt 12.4 Rozdziału I SIWZ, co stanowi istotną niezgodność złożonej oferty z treścią SIWZ, a zatem oferta winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 i 6 ustawy

Zamawiający w formularzu Oferta oraz w Formularzu cenowym będącymi integralną częścią oferty, poprawił zaoferowaną przez wykonawcę cenę jednostkową, o której mowa

powyżej, na cenę obowiązującą w dniu 18.09.2012 roku oraz dokonał ponownego przeliczenia oferty, składając tym samym w imieniu wykonawcy nową, inną ofertę,

O nieprawidłowościach stwierdzonych podczas wglądu do oferty firmy PETROLIS Sp. z o.o. niezwłocznie odwołujący poinformował pisemnie zamawiającego.

Pomimo zarzutów odwołującego, że treść przedmiotowej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również faktu, że zamawiający dokonując w formularzu Oferta oraz w Formularzu cenowym poprawek powodujących istotne zmiany w treści oferty firmy PETROLIS Sp. z o.o. naruszył przepisy Prawa zamówień publicznych procedura przetargowa została zakończona, a zamawiający do realizacji zamówienia wybrał wyżej wymienionego oferenta, który zaoferował ostateczną cenę za całość wykonania zamówienia (po dokonanych poprawkach przez Zamawiającego) w wysokości 9.482.618,33 złotych netto.

W ocenie odwołującego się niezłożenie w ofercie obligatoryjnego oświadczenia producenta oleju napędowego, o którym mowa w Rozdziale II pkt 2.4. SIWZ, z którego winno wynikać że Petrolis Sp. z o.o. ma prawo posługiwać się dokumentami wyszczególnionymi w pkt. 2.3. lit. a oraz lit. b, powoduje, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem oferta winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy.

Ponadto, dokonanie przez zamawiającego poprawek w złożonej przez firmę PETROLIS Sp. z o.o. ofercie stanowiło nieuzasadnioną ingerencję zamawiającego w oświadczeniu woli oferenta wyrażoną w sposób jednoznaczny w formularzu „Oferta” stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ, w którym oznajmił między innymi, że:

„cena jednostkowa netto oleju napędowego przyjęta do oferty została wyliczona zgodnie z pkt 12 ppkt 12.4. Rozdziału I”

„oferujemy rabat ... do ceny hurtowej jednostkowej netto Producenta ... oleju napędowego z dnia 18.09.2012r. podanej na stronie internetowej ...”

- „zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i uznajemy się za związanych określonymi w niej postanowieniami.

Błąd w obliczeniu ceny zawarty w ofercie Petrolis sp z o.o. nie może być traktowany jako oczywista omyłka rachunkowa, a więc nie może być poprawiony na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku oświadczenia o możliwości posługiwania się kartą charakterystyki stwierdził, że wymagane oświadczenie zawarte jest w treści umowy łączącej wykonawcę ze spółką Grupy Lotos – Lotos Paliwa Sp. z o.o., czyli producentem oleju oferowanego przez wykonawcę. Zamawiający nie udostępnił przedmiotowej umowy wykonawcom z uwagi na fakt, że wykonawca PETROLIS zastrzegł, że nie może ona być udostępniania z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa. Zapis umowny wskazuje, że wykonawcy, jako dystrybutorowi produktów Grupy Lotos SA, przekazane zostały karty charakterystyki wszystkich produktów objętych umową, co jasno dowodzi istnienia prawa do posługiwania się nimi przez tego wykonawcę.

Co do deklaracji zgodności zamawiający stwierdził, iż jej wystawcą jest wykonawca PETROLIS, a zatem nie miał on obowiązku dołączania jej do oferty.

W zakresie zarzutu dotyczącego wskazania przez wykonawcę PETROLIS ceny z innej daty niż wskazana przez zamawiającego, zamawiający podkreślił, iż w jego ocenie jest to inna omyłka, polegająca na niezgodności oferty z SIWZ, a jej poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. W konsekwencji możliwym było jej poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca PETROLIS Sp. z o.o. w Zwoleniu.

Izba stwierdziła, że stan faktyczny przedstawiony w odwołaniu jest zgodny z ustaleniami dokonanymi przez Izbę. Ponadto nie jest on pomiędzy stronami sporny.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący się jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że w pełni zgadza się i przyjmuje jako swoje argumenty zawarte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2009 roku (sygn. akt: KIO/UZP 1380/09). Orzekający w tej sprawie skład stwierdził wówczas, iż jeżeli wykonawca dokonał błędnego założenia, tj. uwzględnił w obliczeniu ceny ofertowej hurtową cenę 1 m³ oleju napędowego z innego dnia niż wskazany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to jest to zarówno sprzecznością z SIWZ, jak i błędem w obliczeniu ceny, który nie ma charakteru omyłki. Jak wskazała Izba w rzeczonym wyroku „Z uwagi na błędne założenie, tzn. przyjęcie innego miernika niż wynikało to w sposób niebudzący jakichkolwiek wątpliwości z Rozdz. XII SIWZ: *„hurtowa cena brutto za 1 m³ oleju napędowego stosowana przez PKN ORLEN obowiązująca w dniu ogłoszenia o zamówieniu”* należy uznać, że treść oferty ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o. jest niezgodna z treścią SIWZ. Błąd tkwi w błędnym oświadczeniu woli przyjętym w założeniu przy sposobie ustalania ceny ofertowej”.

Izba stwierdza, iż bezwzględną przyczyną odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jest każdy inny błąd w obliczeniu ceny niż oczywista omyłka rachunkowa podlegająca poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2. Błędem takim w szczególności będzie zastosowanie niewłaściwych jednostek miary, niewłaściwych ilości zakresu czynności, które trzeba wykonać w trakcie realizacji zamówienia, czy – jak w omawianym przypadku – przyjęcie nieprawidłowej, niezgodnej z SIWZ podstawy do obliczenia zaoferowanej ceny. Błąd w rozumieniu omawianego przepisu jest więc błędem co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, a nie wadliwie od strony „technicznej” wykonaną czynnością obliczenia ceny.

Błąd w cenie przystępującego nie może być zakwalifikowany jako oczywista omyłka rachunkowa. Z omyłką rachunkową mamy do czynienia w przypadku, gdy wykonawca pomylił się w obliczeniach, uzyskując nieprawidłowy wynik arytmetyczny. Omyłka rachunkowa nie dotyczy przypadku, gdy wykonawca do dokonania obliczenia przyjął nieprawidłowe dane.

W ocenie Izby w rozpoznawanym przypadku nie można poprawić błędu przystępującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Należy zwrócić uwagę, że

taka poprawka jest możliwa tylko wówczas, gdy treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem występuje przesłanka odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ustawodawca nie przewidział możliwości poprawienia oferty w sytuacji, gdy podlega ona odrzuceniu z innych przyczyn, wskazanych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. W szczególności nie można poprawić oferty, gdy zawiera ona błędy w obliczeniu ceny, a zatem, w przypadku regulowanym przez art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Tym samym Izba uznała, że zamawiający poprawił ofertę przystępującego z naruszeniem dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty przystępującego pomimo niezłożenia oświadczenia producenta oleju o uprawnieniu wykonawcy do posługiwania się dokumentami wyszczególnionymi w pkt. 2.3 lit. a i b SIWZ. W przypadku potwierdzenia się słuszności zarzutu zamawiający obowiązany byłby do wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakującego dokumentu. Tymczasem z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że nie wzywa się wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, jeżeli mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Ponieważ Izba nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty przystępującego, rozpoznawanie zarzutu związanego z brakiem dokumentu należy uznać za bezprzedmiotowe.

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

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego się o przyznanie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika według norm przepisanych. Stosownie do art. 192 ust. 10 *in principio* ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zm.) strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. O tym, czym są koszty postępowania odwoławczego rozstrzyga § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. I tak – w myśl wzmiankowanego przepisu – do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania w wysokości określonej na podstawie przedłożonych rachunków, obejmujące w szczególności koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby oraz wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600 zł.

Z powyższego wynika, iż warunkiem przyznania zwycięskiej stronie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika jest złożenie do akt sprawy rachunków określających ich wysokość. Ze złożonego rachunku wynika bowiem kwota, jaką strona poniosła z tego tytułu i tylko taką kwotę Izba może zasądzić na jej rzecz.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

.....