

Sygn. akt KIO 2707/10

WYROK
z dnia 29 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Jolanta Markowska
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 16 grudnia 2010 r. przez **Benzol Sp. z o.o., ul. Graniczna 7, 07-410 Ostrołęka** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Miejski Zarząd Komunikacji Sp. z o.o. w Ostrołęce, ul. Kołobrzeska 1, 07-410 Ostrołęka**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Miejski Zarząd Komunikacji Sp. z o.o. w Ostrołęce, ul. Kołobrzeska 1, 07-410 Ostrołęka i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Benzol Sp. z o.o., ul. Graniczna 7, 07-410 Ostrołęka** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 832 zł 80 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset trzydzieści dwa złote osiemdziesiąt groszy) przez **Miejski Zarząd Komunikacji Sp. z o.o. w Ostrołęce, ul. Kołobrzeska 1, 07-410 Ostrołęka** na rzecz **Benzol Sp. z o.o., ul. Graniczna 7, 07-410 Ostrołęka** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Ostrołęce**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa oleju napędowego w okresie I.2001-XII.2011”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 października 2010 r., pod nr 2010/S 202-307985.

W dniu 16 grudnia 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759), zwanej dalej ustawą Pzp:

1. art. 38 ust. 4 poprzez przyjęcie, iż na skutek odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 5, zamieszczonej na stronie internetowej Zamawiającego, wobec niedokonania zmiany rozdziału I ust. 11 pkt. 11.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) i niedokonania zmiany załącznika do SIWZ w postaci oferty oraz załącznika nr 3 - umowy dostawy paliwa, doszło do skutecznej zmiany treści SIWZ w zakresie zmiany jednostki z 1 litra na 1 m³;
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 poprzez przyjęcie, iż oferta złożona przez Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny;
3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez przyjęcie, iż treść oferty złożonej przez Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ;
4. naruszenie art. 7 ust. 1 poprzez nie dokonanie zmiany rozdziału I ust. 11 pkt. 11.2 SIWZ i niedokonania zmiany załącznika do SIWZ w postaci oferty oraz udzielenie informacji przez pracownika Zamawiającego upoważnionego do kontaktowania się w zakresie formalno-prawnym - Edytę Korytkowską, iż ofertę w przedmiotowym postępowaniu można złożyć zarówno w odniesieniu do jednostki litra, jak i w odniesieniu do jednostki m³;

Ewentualnie, w przypadku uznania zasadności stanowiska Zamawiającego w zakresie prawidłowości dokonania zmiany SIWZ w przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący podnosi zarzut:

5. naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 poprzez niedokonanie przeliczenia upustu cenowego, wynikającego z oferty Odwołującego, z zastosowanej jednostki 1 litra na 1 m³ jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, a niepowodującą istotnych zmian w treści oferty.

Wobec powyższego Odwołujący wniosł o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i w konsekwencji czynności wyboru oferty P.B.H. Z. Niziński jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert z zastosowaniem ceny w odniesieniu do jednostki 1 litra, ewentualnie z wykorzystaniem dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wobec oferty złożonej przez Odwołującego;
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego;
- 4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków: Katarzyny Wierzbowskiej (wezwanie na adres Odwołującego) oraz świadka Edyty Korytkowskiej (wezwanie na adres Zamawiającego) na okoliczności związane z udzieleniem Odwołującemu przez osobę uprawnioną do kontaktowania się w zakresie formalno - prawnym ze strony Zamawiającego - panią Edytę Korytkowską, informacji (już po zamieszczeniu na stronie internetowej odpowiedzi Zamawiającego, dotyczącej pytania odnoszącego się do rozdziału I ust. 11 pkt. 11.2 SIWZ, że oferta może być złożona zarówno przy zastosowaniu jednostki 1 litra, jak i 1 m³;
- 5) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków: Anety Zaniewskiej i Katarzyny Wierzbowskiej (wezwanie na adres Odwołującego) oraz Tadeusza Brzozowskiego (wezwanie na adres Zamawiającego) na okoliczność pozostawiania Zamawiającego w dniu otwarcia ofert w przekonaniu, iż oferta mogła zostać przedstawiona zarówno w odniesieniu do 1 litra, jak i 1 m³;
- 6) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do przedmiotowego odwołania - na okoliczności z nich wynikające, wskazane w

uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podnosi, iż Zamawiający udzielając Wykonawcy odpowiedzi na pytanie, dotyczące jednostki miary, będącej podstawą wyceny, iż „zmieniamy jednostkę z 1 litra na 1 metr sześcienny”, powinien dokonać zmiany formularza oferty oraz postanowień SIWZ w części rozdziału I ust. 11 pkt 11.2. oraz postanowień projektu umowy o dostawę paliwa. Zdaniem Odwołującego, udzielona odpowiedź, jako tworząca nowe postanowienia SIWZ w sposób odmienny wobec pierwotnych postanowień, nie może zostać uznana za obowiązującą, gdyż została przeprowadzona niezgodnie z wymogami prawa. Zmiana postanowień SIWZ następuje na podstawie norm zawartych w art. 38 ust. 4-6 ustawy Pzp. Zmiana treści SIWZ powoduje konieczność zawiadomienia o tym wykonawców poprzez przekazanie treści dokonanych zmian wykonawcom, którzy otrzymali SIWZ. Jeżeli SIWZ zamieszczono na stronie internetowej, zamawiający zamieszcza zmiany na tej stronie, czego w niniejszej sprawie nie uczyniono. Zamieszczona treść odpowiedzi Zamawiającego na pytanie bez dokonania zmiany odpowiednich dokumentów jest nieskuteczna i może wprowadzać w błąd Wykonawców.

Ponadto Odwołujący wskazuje, iż sam Zamawiający twierdził, iż złożenie oferty w litrach czy też w m^3 jest tożsame, albowiem można to przeliczyć prostym matematycznym działaniem z uwagi na to, iż $1 m^3$ równa się 1000 litrów. Powyższe twierdzenia wynikały z ww. informacji udzielonej przed złożeniem ofert przez upoważnionego pracownika Zamawiającego panią Edytę Korytkowską oraz wyjaśnienia w dniu otwarcia ofert udzielonego przez pana Tadeusza Brzozowskiego. Powyższe dowodzi temu, iż Zamawiający na etapie przeprowadzania postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, pozostawał w przekonaniu, iż złożenie oferty w odniesieniu do 1 litra czy też $1 m^3$ jest prawidłowe i pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przetargu, co wprowadziło w błąd Odwołującego

Odnosząc się do zarzutów Zamawiającego w zakresie ewentualnej niezgodności oferty dotyczącej sposobu obliczenia ceny z przepisami powszechnie obowiązującymi Odwołujący stwierdza, iż zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.), do której bezpośrednio odsyła przepis art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić za towar lub usługę. Z kolei, przepis art. 31 ustawy o Narodowym Banku Polskim (t.j. z 2005r., Dz. U. Nr 1, poz. 2 ze zm.) określa, że znakami pieniężnymi Rzeczypospolitej Polskiej są banknoty i monety opiewające na złote i grosze. Dodatkowo ustawa z dnia 7 lipca 1994r. o denominacji złotego (Dz. U. Nr 84, poz. 386 ze zm.) w art. 1 ust. 2 określa, że złoty dzieli się na 100 groszy.

W świetle wyżej zacytowanych przepisów prawa Odwołujący stwierdza, że w polskim systemie płatniczym nie stosuje się tysięcznych części złotego. Należy zatem uznać za słuszne i bezsporne, że niedopuszczalne jest w polskim systemie płatniczym, aby rozliczenia między stronami były dokonywane w jednostkach niemożliwych do wyegzekwowania. Jednakże w zaistniałym w niniejszej sprawie stanie faktycznym - wskazanie określenia ceny w odniesieniu do 1 litra i obowiązek podania przez wykonawcę ceny jako różnicy w złotych (z dokładnością do trzech miejsc po przecinku) pomiędzy ceną oferowaną a ceną oleju napędowego typu Ekodiesel stosowaną w autonalewaku PKN ORLEN z dnia poprzedzającego dzień otwarcia ofert (poprzez podzielenie tej ceny przez 1000 i zaokrąglenie do trzech miejsc po przecinku), ma jedynie charakter kalkulacyjny i służy do wyliczenia ceny oferty. W zastosowanych obliczeniach w ofercie cena jednostkowa została podana w tysięcznych częściach złotego jako tzw. „upust” w odniesieniu do ceny 1 litra oleju napędowego. Natomiast w procesie realizacji umowy wartość, tj. cena jednostkowa na stronie PKN Orlen z dnia dostawy pomniejszona o udzielony upust pomnożona zostanie przez ilość dostarczonego oleju napędowego konkretnej dostawy, co będzie skutkowało wyrażeniem w setnych częściach złotego z zastosowaniem zaokrągleń.

W tym miejscu należy także wskazać, iż w załączniku nr 3 do SIWZ - umowie dostawy paliwa, w § 4 ust. 1 Zamawiający wskazał, iż sprzedaż paliwa na rzecz Zamawiającego następować będzie w całym okresie trwania umowy po cenie nie wyższej/niższej/równej niż ...zł za litr oleju napędowego od ceny autonalewaka PKN Orlen z dnia dostawy, zgodnie z ofertą złożoną przez Sprzedającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wskazuje powyższe, nawet w przypadku przyjęcia, iż oferta winna być złożona przy zastosowaniu jednostki 1 m^3 Zamawiający i tak musiałby podczas dostaw poszczególnych dostaw przeliczyć cenę upustu z 1 litra na 1 m^3 . Należy podkreślić, iż cena autonalewaka PKN Orlen, do której odwołuje się Zamawiający jest podawana na stronie internetowej przez PKN Orlen w m^3 . Dodatkowo zważyć należy, iż minimalna ilość jednorazowej dostawy zgodnie z rozdziałem II ust. 1 pkt. 3 SIWZ to 18.000 litrów, zatem upust zaoferowany przez Odwołującego w odniesieniu do jednostki 1 litra, należałoby przeliczyć na metr sześcienny (bowiem ceny podawane przez PKN Orlen są podawane w odniesieniu do metrów sześciennych), dopiero po odjęciu wskazanej wyżej różnicy, należałoby przemnożyć taką cenę razy ilość litrów dostarczonego oleju napędowego minimum 18.000 litrów (i tu znowu należy dokonać przeliczenia jednostki z litra na m^3 albowiem upust wg Zamawiającego został określony w stosunku do m^3 , a wielkość dostawy Zamawiający określił w litrach nie przeliczając ich po zmianie na metry sześcienne).

Odwołujący wyjaśnia ponadto, iż złożył ofertę przyjmując jako jednostkę miary 1 litr na skutek odpowiedzi udzielonej telefonicznie przez Edytę Korytkowską, która jako osoba uprawniona do bezpośredniego kontaktowania się z oferentami w zakresie formalno -

prawnym, wskazała przygotowującej ofertę pracownicy Odwołującego Katarzynie Wierzbowskiej, już po zamieszczeniu przez Zamawiającego na stronie internetowej odpowiedzi „zmieniamy jednostkę z 1 litra na i metr sześcienny”, iż można przedstawić ofertę przy dowolnym zastosowaniu jednostki określenia ceny, zarówno 1 litra, jak i 1 m³. Pani Korytkowska *expressis verbis* wskazała, iż to jest to samo, czy oferta zostanie przedstawiona w litrach czy m³, bowiem można to przeliczyć. Z tych względów na skutek wątpliwości dotyczących nie dokonania zmiany formularza oferty oraz nie dokonania zmiany SIWZ w części rozdziału I ust. 11 pkt 11.2, w kontekście odpowiedzi udzielonej przez upoważnionego pracownika Zamawiającego, Wykonawca przedstawił ofertę z użyciem 1 litra jako jednostki w sposobie wskazania ceny.

Stąd nawet jeżeli przyjąć, iż oferta złożona przez Odwołującego jest niezgodna z wymaganiami przedstawionymi w SIWZ przez Zamawiającego, to jest niezgodna wyłącznie na skutek działań, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Nie można przerzucać odpowiedzialności na Wykonawcę za błędy popełnione przez Zamawiającego. Należy zaznaczyć, iż przedmiotowa omyłka w zastosowaniu jednostki nie ma żadnego wpływu na ostateczną wysokość ceny końcowej. Po przeliczeniu wg wskazanego przez Zamawiającego w rozdziale I pkt 11 ust. 11.2 SIWZ wzoru, cena oferowana przez Odwołującego tj. różnica w złotych pomiędzy ceną oferowaną a ceną oleju napędowego typu Ekodiesel stosowaną w autonalewaku PKN ORLEN z dnia poprzedzającego dzień otwarcia ofert - przy zastosowaniu jednostki w postaci 1 litra wynosi 0,111 zł poniżej ceny PKN Orlen, zaś przy zastosowaniu jednostki w postaci 1 m³ wynosi 111,00 zł poniżej ceny PKN Orlen, jako że 1 litr równa się 1000 metrów sześciennych (0,111 zł x 1000 = 111 zł). Powyższe wskazuje, iż cena upustu określona w ofercie Odwołującego przy zastosowaniu jednostki w postaci 1 litra prowadzi do obliczenia ceny upustu identycznego jak zaoferowany upust przy zastosowaniu jednostki w postaci 1 m³. Różnice wynikają wyłącznie z jednostek miary przyjętych do obliczeń, ale nadal będzie to tożsame z ofertą i po dokonaniu prostego matematycznego przemnożenia wynik będzie taki sam. Z tych względów, rzekomy błąd Odwołującego powinien być poprawiony przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Należy podkreślić, iż określenie ceny oferty Odwołującego przy zastosowaniu jednostki obliczenia ceny w postaci 1 m³ nie miałyby żadnego wpływu na cenę ostateczną, a zatem nie powodowałyby istotnych zmian w treści oferty. Oczywiście omyłki należy oceniać w odniesieniu do zasad logiki stylistyczno-językowej lub matematycznej. Z uwagi na to, iż sposób poprawienia oferty byłby oczywisty (przemnożenie przez 1000) i nie rodzi w tym zakresie żadnych wątpliwości, Zamawiający winien to uczynić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący podziela stanowisko przedstawione w orzecznictwie, że podstawami oceny „istotności” omyłki co do treści oferty jest wielkość zmiany ceny całkowitej oferty a także ilość pozycji, które będą musiały ulec zmianie.

Nadto, z powyższego jednoznacznie wynika, iż oferta złożona przez Odwołującego nie mogła być uznana za niezgodną z treścią SIWZ, skoro przedmiotem oferty jest przedmiot zamówienia określony identycznie jak w SIWZ (olej napędowy), identycznie została określona też jego ilość, sposób realizacji zamówienia - dostawy, jakość i wszelkie inne określające go czynniki, zaś udzielony przez Odwołującego upust będzie taki sam, niezależnie od tego, czy weźmiemy pod uwagę jednostkę litra czy metra sześciennego (różnica dotyczy tylko tego, czy upust przeliczymy na 1 litr oleju napędowego, czy na 1 metr sześcienny) .

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie dokumentacji postępowania ustaliła, co następuje:

W rozdziale I ust. 10 SIWZ zamawiający wskazał Panią Edytę Korytkowską jako osobę uprawnioną do bezpośredniego kontaktowania się z oferentami w zakresie formalno - prawnym, z kolei w rozdziale I ust. 11 pkt 11.2 SIWZ Zamawiający postanowił, iż przy wyborze oferty kierował się będzie kryteriami i wagami: cena za jeden litr (wg wartości netto), waga 100 % loco stacje paliw Zamawiającego. Dalej Zamawiający wskazał, iż wykonawca winien podać różnicę w złotych (z dokładnością do trzech miejsc po przecinku) pomiędzy ceną oferowaną a ceną oleju napędowego typu Ekodiesel stosowaną w autonalewaku PKN ORLEN z dnia poprzedzającego dzień otwarcia ofert [(+) powyżej ceny PKN Orlen, (-) poniżej ceny PKN Orlen, (0) równa cenie PKN Orlen] oraz, że oferty określające cenę w inny sposób niż wymagany przez Zamawiającego zostaną pominięte w dalszym postępowaniu.

Cenę oferowaną stanowi suma ceny za jeden litr oleju napędowego typu Ekodiesel (netto) z autonalewaka PKN ORLEN z dnia poprzedzającego dzień otwarcia ofert, zgodnej z komunikatem cenowym opublikowanym na stronie internetowej PKN Orlen www.orken.pl i oferowana różnica ceny z formularza ofertowego - załącznik nr 1 do SIWZ. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż z uwagi na stosowanie przez ww. producenta ceny za 1 m³ wyliczenie ceny jednego litra nastąpić miało poprzez podzielenie tej ceny przez 1000 i zaokrąglenie do trzech miejsc po przecinku wg ogólnie obowiązujących zasad.

W odpowiedzi na pytanie jednego z Wykonawców, dotyczące rozdziału I ust. 11 pkt 11.2 SIWZ oraz zarzut niezgodności ww. kryteriów z art. 31 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim i § 9 ust. 6 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 25 maja 2005 r. w sprawie zwrotu podatków, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług, Zamawiający wskazał, iż zmienia jednostkę z 1 litra na 1 m³. Ww. zmiana nie znalazła odzwierciedlenia na stronie internetowej w zakresie zmian formularza ofertowego, zmian SIWZ w części rozdziału I ust. 11 pkt 11.2. oraz w zakresie zmian załącznika nr 3 - umowy o dostawę paliwa.

Odwołujący złożył ofertę na wykonanie ww. zamówienia publicznego, przyjmując jako jednostkę sposobu obliczenia ceny 1 litr, wykorzystując niezmienny w tym zakresie formularz oferty, stanowiący załącznik do SIWZ oraz informację przekazaną przez uprawnionego pracownika Zamawiającego, iż ofertę można złożyć zarówno w m³, jak i w litrach.

Zawiadomieniem o odrzuceniu oferty z dnia 6 grudnia 2010 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na mocy art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, wskazując w uzasadnieniu, iż wykonawca podał cenę nie uwzględniając dokonanej przez Zamawiającego zmiany SIWZ w zakresie rozdziału I ust. 11 pkt 1.2. Zamawiający wskazał, iż na podstawie art. 38 ustawy Pzp dokonał zmiany SIWZ w ww. zakresie, a zmiana ta została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego, wskazanej w ogłoszeniu o przetargu nieograniczonym. Zamawiający zwrócił uwagę, iż wszyscy Wykonawcy, oprócz Odwołującego, zapoznali się z w zmienionymi warunkami SIWZ i złożyli oferty wg zmienionej jednostki miary – m³. Błąd popełniony przez Odwołującego jest istotny i nie może być usunięty w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W systemie zamówień publicznych ustawodawca przyznał m.in. wykonawcom uprawnienia, które dają możliwość prawnej reakcji wobec działań zamawiającego, jak i jego bezczynności. Jednakże zwrócić należy uwagę, iż dobrodziejstwo korzystania ze środków ochrony zostało ograniczone w czasie (art. 182 ustawy Pzp). Oznacza to, iż skorzystanie z przyznanego uprawnienia jest możliwe w ustalonym przez ustawodawcę okresie, zaś przekroczenie tego terminu powoduje, iż kwestionowanie zachowań zamawiającego jest nieskuteczne (spóźnione).

W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący, podnosząc zarzut naruszenia przepisu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, w istocie zakwestionował czynność zmiany SIWZ. Przedmiotem zarzutu był sposób dokonania zmiany SIWZ, którego ocena stanowiła o skuteczności dokonanej zmiany. Bez wątplenia przedmiotem odwołania może być czynność zmiany SIWZ, jednakże przy uwzględnieniu ograniczeń, wynikających z ustanowionych w przepisie art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, a dotyczących ram czasowych ustalonych dla kwestionowania poszczególnych czynności zamawiającego. Skoro Zamawiający w dniu 1 listopada 2010 r. opublikował na swojej stronie internetowej zmianę w zakresie odpowiednich postanowień SIWZ i bezsporne jest, że Odwołujący z przedmiotową zmianą się zapoznał, to nie ulega wątpliwości, iż we wskazanej dacie nabył uprawnienie do kwestionowania przedmiotowej czynności. Zatem, biorąc pod uwagę przedmiotową okoliczność oraz przepis art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, stwierdzić należy, iż termin na wniesienie odwołania w tym przedmiocie upływał w dniu 12 listopada 2010 r. Nieskorzystanie z przedmiotowego uprawnienia we wskazanym terminie powoduje, iż Odwołujący traci możliwość podnoszenia wadliwości działań zamawiającego, które w tym

zakresie nie podlegają rozpoznaniu przez Izbę. Z tych przyczyn, uznając zarzut naruszenia przepisu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp i w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp za spóźniony, pozostawiła go bez rozpoznania.

Powyższe (spóźniony zarzut) legło również u podstaw odmowy przeprowadzenia dowodów z przesłuchania świadków, zawnioskowanych przez Odwołującego. Brak podstaw do przeprowadzania dowodów, które dotyczą okoliczności nie podlegających ocenie Izby. Na marginesie należy wskazać, iż postępowanie ma co do zasady charakter pisemny (art. 9 ustawy Pzp) i czynności Zamawiającego należy oceniać mając za podstawę wskazaną formę oświadczeń woli Zamawiającego.

Konsekwencją braku rozstrzygnięcia w przedmiotowym zakresie jest przyjęcie za Zamawiającym, iż doszło do zmiany SIWZ. To z kolei powoduje, iż ocena oferty Odwołującego powinna być dokonana przez pryzmat dokonanych zmian. Jednakże w ocenie Izby stanowisko to nie stanowi podstawy do oceny oferty Odwołującego w taki sposób, w jaki uczynił to Zamawiający. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż podana przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, podstawa prawna odrzucenia oferty nie koresponduje z podanym uzasadnieniem faktycznym. Zamawiający wyraźnie bowiem wskazał, iż przyczyną odrzucenia oferty jest podanie upustu w odniesieniu do jednostki 1 litra, a nie zgodnie z dokonana zmianą SIWZ, w odniesieniu do 1 m³. Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji odnosi się co prawda do sposobu obliczenia ceny, ale tylko w przedmiocie przyczyn dokonania zmiany SIWZ. Z tych względów, wobec braku wskazania na błąd w obliczeniu ceny w ofercie Odwołującego, uznać należy, iż zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie.

Jednocześnie podane przez Zamawiającego uchybienia w ofercie Odwołującego w przedmiocie jednostki miary oceniać należy jako ewentualną podstawę odrzucenia oferty na mocy przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zauważyć jednakże należy, iż podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty danego wykonawcy jest możliwe po uprzednim stwierdzeniu, że stwierdzone w przedmiotowej ofercie omyłki nie należą do kategorii określonej w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający ograniczył się jedynie do stwierdzenia, iż błąd popełniony przez Odwołującego jest istotny i nie może być usunięty we wskazanym trybie. Jakie przyczyny zadecydowały o przyjęciu takiego stanowiska w istocie nie wiadomo, Zamawiający nie wyjaśnił tego również na rozprawie. Niezależnie jednak od podstaw, jakimi kierował się Zamawiający, Izba nie podziela jego stanowiska. W tym miejscu uzasadnione wydaje się więc dokonanie szczegółowej analizy przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zaliczenie omyłki do kategorii, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, powoduje powstanie po stronie Zamawiającego obowiązku jej poprawienia. Do rozstrzygnięcia pozostaje zatem kwestia, czy poprawienie wskazanych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Tylko bowiem

w sytuacji, gdy poprawienie omyłek nie wywoła skutku w postaci istotnej zmiany w treści oferty, ustawodawca dopuszcza ingerencję w treść oferty, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w celu wyeliminowania niezgodności z SIWZ. Skoro oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, zawierające propozycję zawarcia umowy, to dopuszczalna jest na gruncie powołanego przepisu, zmiana treści przedmiotowego oświadczenia wykonawcy, a w konsekwencji istotnych postanowień proponowanej umowy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że oferta określa przedmiotowo istotne elementy umowy (*essentialia negotii*). Ustawodawca dopuszczając jednak możliwość zmian w treści oferty, wywołanych na skutek poprawienia innych omyłek niż pisarskie, czy rachunkowe, zakreślił jednocześnie ich granicę. Dokonane zabiegi nie mogą bowiem prowadzić do istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja wskazuje, że ustawodawca posługując się pojęciem nieostrym (istotne zmiany) zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, dając wyraz temu, iż ważne są okoliczności sprawy. Tylko bowiem przy ich uwzględnieniu, można ocenić, czy poprawienie omyłki doprowadzi do istotnej zmiany w treści oferty.

Jak już zostało wyżej wskazane, treść oferty obejmuje istotne postanowienia umowy, a więc postanowienia, które odnoszą się m.in. do przedmiotu i ceny. W okolicznościach niniejszej sprawy, ewentualne poprawienie omyłek spowoduje, że dojdzie do poprawienia w formularzu ofertowym jednostki miary z 1 litra na 1 m³, a w konsekwencji wartości upustu zaproponowanego przez Odwołującego. W świetle przedstawionej argumentacji nie ulega wątpliwości, iż zmiana jednostki miary jest możliwa i nie spowoduje, w ocenie Izby, istotnych zmian w treści oferty. Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, iż wskazane jednostki miary mogą być stosowane zamiennie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Przedmiot dostawy można bowiem wyrazić (zmierzyć) we wskazanych jednostkach miary. Co więcej, są „zastępowalne” w sensie matematycznym, metr sześcienny można przeliczyć na litry i odwrotnie. Oczywiście jest, iż przedmiotowy zabieg będzie miał swoje konsekwencje w określeniu wysokości zaproponowanego upustu. I ewentualnie na tej płaszczyźnie mogłaby rodzić się wątpliwość związana z dopuszczalnością poprawienia omyłki w tym przedmiocie. Jednakże biorąc pod uwagę fakt, że litry można przeliczyć na metry sześciennie, to dokonanie takiego matematycznego działania, musi dotyczyć zarówno „prawej”, jak i „lewej” strony zadania matematycznego. W niniejszym stanie faktycznym oznacza to, że jeśli 1 l = 0,111 zł, to 1 m³ (1000 l) = 111 zł. Powyższe obrazuje, iż zmiana jednostki miary w istocie nie prowadzi do zmiany wysokości upustu, ale do jego określenia adekwatnie do dokonanej zmiany jednostki miary.

W tych okolicznościach nie sposób przyjąć, iż poprawienie treści oferty prowadzi do jej istotnej zmiany. Po pierwsze bowiem, jak wyżej wskazano, zastosowane jednostki miary są „przeliczalne”. Po drugie, zmiana wysokości zaproponowanego upustu będzie wynikiem

działania matematycznego, a nie skutkiem negocjacji przeprowadzonych z Odwołującym, czy też konsekwencją decyzji Zamawiającego, nie mającej umocowania w obiektywnych podstawach. Co więcej, każdy ma możliwość zweryfikowania dokonanej poprawki i to zweryfikowania w taki sposób, który doprowadzi każdego sprawdzającego do takich samych wniosków, przy założeniu, że dysponuje podstawową wiedzą z zakresu matematyki. Powyższe daje podstawy do stwierdzenia, iż Zamawiający swoim zachowaniem naruszył przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Błędne stwierdzenie niemożliwości poprawienia omyłek stało się przyczyną odrzucenia oferty, która to czynność w konsekwencji również obarczona jest błędem, a to z kolei przesądza o trafności zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 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), zaliczając do kosztów postępowania wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 zł, koszty związane z dojazdem pełnomocnika Odwołującego na wyznaczoną rozprawę w kwocie 215,80 zł, wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600,00 oraz opłatę skarbową uiszczoną od pełnomocnictwa w kwocie 17,00 zł.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....