

WYROK
z dnia 8 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2015 r. przez wykonawcę: **Carbo Sp.j. Z.K., M.W., Strzałków, ul. Reymonta 2, 97-500 Radomsko**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Radomsku, ul. Kościuszki 10, 97-500 Radomsko**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Radomsku, ul. Kościuszki 10, 97-500 Radomsko:

1.1 unieważnienie czynności:

- wyboru oferty najkorzystniejszej,
- odrzucenia oferty wykonawcy: **Carbo Sp.j. Z.K., M.W., Strzałków, ul. Reymonta 2, 97-500 Radomsko;**

1.2 powtórzenie czynności:

- badania oferty wykonawcy: **Carbo Sp.j. Z.K., M.W., Strzałków, ul. Reymonta 2, 97-500 Radomsko z zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,**
- oceny ofert niepodlegających odrzuceniu;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Radomsku, ul. Kościuszki 10, 97-500 Radomsko, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr
(słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę:

Carbo Sp.j. Z.K., M.W., Strzałków, ul. Reymonta 2, 97-500 Radomsko tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego: Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Radomsku, ul. Kościuszki 10, 97-500 Radomsko na rzecz wykonawcy Carbo Sp.j. Z.K., M.W., Strzałków, ul. Reymonta 2, 97-500 Radomsko kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Radomsku - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego: „Dostawa węgla wraz z transportem dla podopiecznych Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Radomsku”, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej Pzp, ustawa lub ustawa Pzp.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24 listopada 2015 r., pozycja 317258.

Zamawiający zawiadomił wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia (2) o odrzuceniu oferty Carbo Sp.j. Z.K., M.W. - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp) oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy ELBRUS Sp. z o.o.

Odwołujący - wykonawca Carbo Sp.j. Z.K., M.W. - wniósł na podstawie art. 180 ust. 1 i art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 przez jego niezastosowanie i brak przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 7 ust. 3 przez jego niezastosowanie i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez jego błędną wykładnię i bezpodstawne uznanie, że treść oferty sporządzonej przez Odwołującego jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, dalej - SIWZ i obliguje do jej odrzucenia,
- 4) art. 87 ust. 2 pkt 3 przez jego niezastosowanie i niepoprawienie w ofercie omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty,
- 5) art. 87 ust. 2 pkt 2 przez jego niezastosowanie i brak poprawienia w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 6) art. 87 ust. 1 zd. 1 przez jego niezastosowanie i brak wyczerpania procedury wyjaśnienia treści oferty,

- 7) art. 87 ust. 1 zd. 2 przez jego błędną wykładnię i uznanie, że możliwe jest poprawienie złożonej oferty tylko po negocjacjach z Odwołującym,
- 8) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 przez jego błędną wykładnię i wybór oferty, która nie przedstawiała najkorzystniejszej ceny.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania poprawienia omyłki w treści oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp bez przeprowadzenia czynności wyjaśniających, po przeprowadzeniu czynności wyjaśniających zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp;
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej;
- 5) z ostrożności, gdyby Izba nie uznała jak w pkt 3, nakazanie Zamawiającemu poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp;
- 6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Uzasadnienie odwołania.

Odwołujący wskazał - interes we wniesieniu odwołania na podstawie art. 179 ust. 1 oraz 180 ust. 1 i 2 pkt 4 Pzp, zachowanie terminu do wniesienia odwołania oraz przekazanie kopii odwołania Zamawiającemu.

Uznał, że Zamawiający z naruszeniem Pzp odrzucił jego ofertę, pomimo że zachodziły przesłanki do poprawienia omyłki w jej treści.

Podniósł, że zgodnie z ustawą odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wymaga sprawdzenia, czy nie zachodzą przesłanki określone w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jeśli zachodzą, odrzucenie oferty jest niemożliwe. Zamawiający tego nie uczynił. W ocenie Odwołującego, zachodzą przesłanki z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, a także możliwe jest zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy i poprawienie w ofercie oczywistej omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji dokonanych poprawek.

W przypadku niepodzielenia argumentacji Odwołującego co do możliwości poprawy oczywistej omyłki rachunkowej na podstawie powyższego artykułu, zasadne jest zastosowanie procedury przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Z ostrożności Odwołujący podniósł, że po ewentualnym wezwaniu go do złożenia wyjaśnień.

Najwyższą liczbę punktów uzyskała ELBRUS Sp. z o.o., która złożyła ofertę z ceną 726,93 zł brutto za tonę i za całość 399.811,50 zł (brutt). Oferta Odwołującego przedstawia

cenę jednostkową za jedną tonę węgla w kwocie 698,00 zł z uwzględnieniem podatku VAT. Wskazana kwota została omyłkowo pomnożona przez ilość 500 ton, a nie 550 ton. Stąd też Odwołujący omyłkowo w formularzu ofertowym wpisał kwotę 349.000,00 zł, zamiast 383.900,00 zł.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien zastosować art. 87 ust. 2 pkt 2 lub pkt 3 Pzp. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do dokonania analizy i oceny możliwości poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 przed zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Powołany przepis wskazuje, że jeżeli istnieje taka możliwość, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty i nie odrzuca oferty. Czynność taka również nie wymaga negocjacji z wykonawcą, który z mocy prawa dysponuje jednak trzydniowym terminem na zaakceptowanie dokonanych poprawek.

Dokonywanie poprawek jest samodzielną czynnością zamawiającego (bez udziału wykonawcy), poprawienie omyłek może być poprzedzone procedurą wyjaśniającą. Dokonanie poprawek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy może być zatem poprzedzone wezwaniem Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

W świetle orzecznictwa „*omyłka polega zarówno na niewłaściwym ujęciu w ofercie określonej informacji lub zobowiązania, jak ich pominięciu*” (wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2011 r., KIO 1147/11, LEX nr 84718).

Powyższe potwierdza stanowisko orzecznictwa i UZP: w wyroku z 5 maja 2011 r., sygn. akt KIO 822/11, Krajowa Izba Odwoławcza za uzasadnione uznała dokonanie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 poprawienia omyłki polegającej na nieuwzględnieniu przez wykonawcę, przy obliczeniu wartości pozycji wskazanej w przedmiarze, krotności „2” (Zamawiający poprawił obmiar z 300 m na 600 m). Konsekwencją powyższego była zmiana wartości tej pozycji z kwoty 3.456 zł na kwotę 6.912 zł. Izba zaznaczyła, że stanowisko odwołującego uznające, że poprawienie omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do zmiany ceny, gdyż zmiany takie są dopuszczalne jedynie w razie poprawiania omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, nie jest uzasadnione. Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie zawiera takiego ograniczenia.

Zgodnie z powszechnie wyrażaną opinią, omyłka wykonawcy przy dokonywaniu obliczeń, polegająca na przyjęciu nieprawidłowej ilości, w braku możliwości zaliczenia jej do omyłek rachunkowych, winna skutkować uznaniem za inną omyłkę przewidzianą w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący stwierdził, że do kategorii „innych omyłek” polegających na niezgodności oferty z SIWZ zaliczyć można w szczególności wskazanie innej niż wymagana przez zamawiającego w SIWZ ilości materiałów, wskazanie w ofercie przez wykonawcę innej jednostki miary niż wynikało to z opisów w SIWZ (np. m

zamiast m²) lub podanie nieprawidłowej krotności (Opinia z Informatora Urzędu Zamówień Publicznych, Lipiec 2010, nr 7).

„Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego (...) Tym samym sprostowaniu lub uzupełnieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. mogą podlegać wadliwie podane elementy kalkulacyjne, w tym ilości lub wymiary dla poszczególnych pozycji kosztorysowych - zarówno nie mające wpływu, jak również mające wpływ na cenę oferty, czy to całkowitą, czy cenę jednostkową, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty, z ewentualnym uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek” (wyrok KIO z dnia 26 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 845/10).

Z powyższego wynika, że omyłkę popełnioną przez Odwołującego należy zaliczyć do nieznaczących uchybień, które nie mają wpływu na treść złożonej oferty i podlegają obligatoryjnemu poprawieniu przez Zamawiającego.

Pojawienie się w ofercie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp implikuje po stronie Zamawiającego obowiązek (a nie możliwość) jej poprawienia i brak wykonania tego obowiązku powoduje w tym stanie faktycznym naruszenie zarówno tego przepisu, jak i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający powinien był poprawić omyłkową kalkulację Odwołującego, choćby ten nie wnosił o podjęcie działania w tym zakresie. Ponadto, zanim Zamawiający dokona czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, obowiązany jest wyczerpać procedurę, o której mowa w art. 87 ustawy Pzp (wyrok KIO z 20 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1427/09).

„Omyłką będzie każda niezgodność między ofertą a SIWZ, chyba, że sam Wykonawca będzie utrzymywał co innego, tzn. będzie obstawał, iż treść, zakres czy sposób przygotowania oferty są prawidłowe i w taki sposób powinny być traktowane (np. nie zgodzi się na poprawienie treści jego oferty) lub udowodnione mu zostanie świadomie i celowe sporządzenie oferty w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego (...)” (wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2810/11).

Odwołujący podkreślił, że poprawienie omyłki w żadnym przypadku nie spowodowałoby istotnej zmiany treści oferty. Akceptując warunki SIWZ, Odwołujący zobowiązał się do realizacji dostawy zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Omyłka polegała na niewłaściwym wykonaniu działania matematycznego, które spowodowało wyeliminowanie oferty. Dlatego należy uznać czynność odrzucenia oferty za nieracjonalną i sprzeczną z obowiązującym porządkiem prawnym. Reasumując, omyłka Odwołującego była efektem nieświadomego działania, polegającego na pomnożeniu ceny jednostkowej przez niewłaściwą jednostkę miary. Zamawiający winien był poprawić omyłkę samodzielnie (lub z ostrożności podniósł, że po wyjaśnieniach na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp) i uznać

jego ofertę za najkorzystniejszą.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający miał możliwość poprawienia omyłki również na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Zgodnie z powołanym przepisem, Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Za oczywistą omyłkę rachunkową należy uznać błąd popełniony przez wykonawcę w obliczeniach, polegający na otrzymaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego. (...) Poprawa omyłek w obliczaniu ceny powinna uwzględniać określony zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 12 SIWZ opis sposobu obliczenia ceny. Przeprowadzenie obliczeń z wykorzystaniem podanych w ofercie danych wyjściowych oraz zastosowaniem wskazanej w SIWZ metodologii i uzyskanie prawidłowego wyniku, zawsze będzie działaniem w ramach poprawiania oczywistych omyłek rachunkowych (W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych - komentarz, LEX, Warszawa 2014 r., s. 459).

Zamawiający w SIWZ wskazał sposób obliczenia ceny przez podanie wzoru matematycznego do wyliczenia ceny końcowej. Żeby ją obliczyć należało cenę jednostkową, czyli daną wyjściową przemnożyć przez podaną przez Zamawiającego ilość ton. Wobec powyższego nie jest możliwa inna kalkulacja ceny niż ta, którą podał w SIWZ sam Zamawiający. W szczególności nieprawidłowe jest, jak to napisał w piśmie o odrzuceniu oferty, dokonywanie jakichkolwiek obliczeń nie wychodząc od ceny wyjściowej jednostkowej. Nie można przyjąć za wyjściową kwoty, która dopiero stanowi wynik działania matematycznego. Istniał tylko jeden sposób, w jaki Zamawiający mógł poprawić omyłkę, a polegający mianowicie na pomnożeniu ceny wyjściowej jednostkowej podanej w ofercie przez ilość 550 ton podaną we wzorze. Odwołujący wskazał, że pomnożenie ilości 550 ton przez zaproponowaną przez Carbo Sp.j. cenę jednostkową - 698,00 zł, daje łączną kwotę w wysokości 383.900 zł. Oznacza to, że gdyby Zamawiający wypełnił ustawowo statutowany obowiązek, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Nawiązując do orzecznictwa „(...) dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty wystarczający jest fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia” (wyrok KIO z dnia 1 września 2011 r., sygn. akt 1787/11).

Odwołujący określił, że postawa Zamawiającego polegająca na abstrahowaniu od wyjściowej kwoty jednostkowej podanej w ofercie, jest nie do przyjęcia. Obliczenie globalnej kwoty wartości zamówienia jest zabiegiem matematycznym. Z podanej ceny jednostkowej łatwo można wyliczyć, cenę za 550 ton, a ustawodawca w art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp nie wyłączył możliwości poprawy omyłki rachunkowej w elementach składowych ceny (wyrok KIO z dnia 23 listopada 2010 r., KIO/UZP 2363/10).

Zdaniem Odwołującego, omyłka w obliczeniu ogólnej wartości ilości ton nie może zgodnie z obowiązującymi przepisami powodować wyeliminowania go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie jest uzasadnione twierdzenie Zamawiającego, jakoby nie mógł on dokonać poprawienia oferty bez przeprowadzenia negocjacji z Odwołującym. Poprawienie w ofercie oczywistej omyłki rachunkowej jest jednostronną czynnością Zamawiającego. Poprawienie przez Zamawiającego oczywistych omyłek pisarskich oraz rachunkowych i konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek nie wymaga uzyskania zgody wykonawcy (Opinia UZP z 30 kwietnia 2014 r., <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;2916>).

Zatem, jest to władcza czynność Zamawiającego, do której nie potrzeba przeprowadzać jakichkolwiek negocjacji. *„Artykuł 87 ust. 2 pkt 2 Pzp nie tylko dopuszcza poprawianie przez Zamawiającego oczywistych omyłek rachunkowych, ale wprost nakazuje dokonanie takich poprawek. Istnienie ewentualnych wątpliwości Zamawiającego co do kwestii, w którym miejscu działań matematycznych wystąpił błąd, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku dokonania poprawki oczywistej omyłki, zgodnie z logiką dokonywanych działań i intencjami Wykonawcy”* (wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1027/14).

Zdaniem Odwołującego, konwalidacja wadliwie przeprowadzanego postępowania winna nastąpić przez unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i uwzględnienie jego oferty po poprawieniu omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Dysponent środków publicznych winien dążyć do wyłonienia podmiotu realizującego zamówienie publiczne oferującego najniższą cenę. Chociaż oferta przedstawiona przez Odwołującego po dokonaniu poprawek byłaby najkorzystniejsza i prowadziłaby do najmniejszego obciążenia budżetu MOPS w Radomsku, Zamawiający nie podjął czynności przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 2 bądź art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp ani żadnych czynności wyjaśniających. Wskazane zaniechania doprowadziły do naruszenia podstawowych reguł ustawy statuujących zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców. Nadto udzielono zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp i nie przedstawił najkorzystniejszej oferty. Wobec Odwołującego zastosowano rygorystyczne środki, zupełnie nieadekwatne do popełnionej omyłki. Ofertę należy odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jeśli niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 6 października 2014 r., sygn. akt KIO 1932/14). Odrzucenie oferty było sprzeczne z powszechnie przyjętymi regułami postępowania, szczególnie w świetle warunków zamówienia przewidzianych w SIWZ.

W takim stanie rzeczy zachodzą przesłanki do powtórzenia czynności badania ofert

oraz wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego, po dokonaniu niezbędnych poprawek w jej treści w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp lub w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp z ewentualnym wezwaniem Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Cena jednostkowa tony węgla podana przez Odwołującego w wysokości - 698,00 zł winna być pomnożona przez ilość 550 ton, co daje łącznie kwotę 383.900,00 zł. Szereg naruszeń obowiązującej Pzp musi skutkować unieważnieniem czynności sprzecznych z prawem i wyborem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Jedynie z ostrożności Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zastosowania procedury wyjaśniającej uregulowanej w art. 87 ust. 1 Pzp i zażądanie od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Zamawiający dysponował zaoferowaną ceną jednostkową za cenę węgla jak również ilością ton, jaką obejmował przedmiot zamówienia - sam tę ilość określił w SIWZ. Nie budzi wątpliwości, że Zamawiający miał wszelkie informacje niezbędne do stwierdzenia wystąpienia omyłki w ofercie Odwołującego i jej samodzielnego poprawienia, które polegałoby na dokonaniu prostego działania arytmetycznego. Brak dokonania tej czynności i stwierdzenie Zamawiającego, że nie miał możliwości jego dokonania bez niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą może budzić jedynie zdziwienie, gdyż żadna z informacji niezbędnych do poprawienia oferty nie musiała być negocjowana a wynikała z oferty Odwołującego oraz dokumentacji postępowania sporządzonej przez Zamawiającego.

Reasumując, w sprawie doszło do naruszenia przepisów ustawy i podstawowych zasad prawa zamówień publicznych. Z przytoczonych okoliczności bez wątpienia wynika, że wobec Odwołującego nie powinna być zastosowana sankcja przewidziana w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający zastosował ten rygorystyczny przepis, zamiast dokonać poprawienia oferty i w pełni wykonać dyspozycję przepisu, na podstawie którego dokonał odrzucenia oferty. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy wskazuje, że odrzuceniu nie podlegają oferty zawierające omyłki polegające na niezgodności treści oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - omyłka jaka miałaby zostać poprawiona w treści oferty wynikała właśnie z niezgodności z treścią SIWZ. Stosownie do przepisu art. 7 ust. 1 Pzp: *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.”*

Biorąc pod uwagę okoliczność, że Zamawiający dopuścił się naruszenia wielu przepisów wskazanych i wynikających z odwołania, za w pełni uzasadnione należy uznać także twierdzenie o naruszeniu przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie dopełnił obowiązku dochowania należytej staranności, w taki sposób, że mając prawny obowiązek

poprawienia oferty Odwołującego zaniechał tej aktywności.

Przez niezastosowanie w sposób prawidłowy powołanych przepisów, Zamawiający dopuścił się, w ocenie Odwołującego, naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W świetle powyższej argumentacji, Odwołujący wniósł jak w *petitum* odwołania.

Zamawiający - w pisemnej odpowiedzi złożonej na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że zarzuty nie znajdują uzasadnienia prawnego ani faktycznego i stąd nie ma podstaw do uznania, że w sprawie zachodzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a więc odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Uzasadnienie odpowiedzi na odwołanie.

I. Stan sprawy. Stanowiska stron.

1.1. Pismem z dnia 14 grudnia 2015 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 wskazując, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W uzasadnieniu wskazał, że z treści złożonej oferty - tj. w zakresie wskazanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia (tj. całej umowy) oraz ceny jednostkowej tj. 698,00 - wynika, że wykonawca zamierza (gotowy jest) dostarczyć Zamawiającemu wyłącznie 500 ton węgla, podczas gdy zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego wyrażonym w przedmiotowym postępowaniu, ilość ta winna wynosić 550 ton.

1.2. Odwołujący kwestionuje czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu jego oferty podnosząc, że występujące niezgodności miały charakter omyłki możliwej do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp lub omyłki rachunkowej możliwej do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Ponadto Odwołujący wskazał na naruszenie przepisów (art. 87 ust. 1 zd. 1 Pzp) dotyczących wyjaśnienia treści oferty, które jego zdaniem winny być w zaistniałym stanie faktycznym zastosowane, co nie skutkowałoby naruszeniem art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp.

1.3. Bezspornym pomiędzy stronami jest więc, że Odwołujący w złożonej ofercie, a *stricte* w formularzu ofertowym, podał nieprawidłowe wartości wynagrodzenia, za które zamierza zrealizować przedmiot zamówienia, przy czym wg. Odwołującego nieprawidłowa wartość to wynagrodzenie umowne za realizację całego przedmiotu zamówienia, a więc nieprawidłową jest kwota 349.000,00 zł, natomiast prawidłową pozostaje kwota 698,00 zł za jedną tonę węgla.

Sporne pozostaje, czy występująca nieprawidłowość może być traktowana jako omyłka, a jeśli tak to czy jest to omyłka niepowodująca istotnej zmiany w treści oferty, lub jest

to oczywista omyłka rachunkowa, a więc czy podlega procedurze poprawy. Z drugiej strony sporne jest to czy występująca nieprawidłowość stanowi wyrażenie w formularzu ofertowym oświadczenia woli, które spowodowało, że oferta nie jest zgodna z treścią SIWZ.

II. Nie wypełnienie znamion omyłki. Staranność i profesjonalizm przy opracowaniu oferty.

2.1. Zamawiający zobowiązany jest do stosowania art. 87 ust. 2 Pzp w sytuacji, gdy dana niezgodność pomiędzy ofertą i SIWZ: a) ma charakter (postać) omyłki oraz b) omyłka ta możliwa jest do poprawienia - jako oczywista omyłka pisarska lub inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający podnosi, że opisana powyżej nieprawidłowość, polegająca na zaoferowaniu wykonania przedmiotu zamówienia za kwotę 349.000,00 zł w tym, za jedną tonę o wartości 698,00 zł, nie może być traktowana, jako omyłka.

2.2. Pojęcie omyłki nie ma definicji legalnej określonej przepisami Pzp. Zgodnie z utrwalonym w tym zakresie orzecznictwem przez omyłkę rozumie się błąd niezamierzony w tym sensie, że składający oświadczenie objęte ofertą zamierza i chce złożyć je zgodnie z treścią wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale na skutek błędnego ich odczytania, składa w rezultacie oświadczenie o treści odmiennej niż zamierzona, nie zdając sobie nawet z tego sprawy (wyrok KIO z dnia 5 października 2011 r., KIO 2048/11). Ocena działania wykonawcy popełniającego omyłkę musi bezspornie wykazywać, że doszło do zniekształcenia jego autentycznej woli obejmującej wymagania SIWZ tak, aby popełniony błąd można było skorygować na przyszłość w ramach przywrócenia rzeczywistej woli wykonawcy.

2.3. Powyższe wykazuje, że w pierwszym rzędzie należy ustalić, czy dany wykonawca znał w ogóle wymagania zamawiającego, dopiero wtedy możliwe jest ustalenie, że obejmował je swoją wolą oraz w sposób nieświadomy wprowadził w ofercie nieistotną nieprawidłowość. Szczegółowa analiza dokumentów postępowania nie pozwala przyjąć, iżby Odwołujący znał wymagania Zamawiającego. Jest to twierdzenie, w szczególności uzasadnione w kontekście twierdzeń, jakie Odwołujący Carbo podniósł w piśmie złożonym Zamawiającemu w dniu 18 grudnia 2015 r. (załączone do akt postępowania i niniejszego pisma).

2.4. W piśmie tym Odwołujący wskazuje, że stosując wzór, który stanowił podstawę obliczenia ceny zawarty w pkt. 13.3. ppkt b) SIWZ świadomie podstawiał zamiast 550 ton węgla ilość 500 ton, a więc dokonując obliczenia zastosował je dla ilości ton mniejszej niż oczekiwana przez Zamawiającego. Świadomość w tym zakresie jak sam przyznaje wynikała z faktu uznania, że oczekiwana w postępowaniu ilość ton to 500 zgodnie z opisem pkt. 3.1. SIWZ (gdzie podano tylko ilość minimalną). Oczywistym jest więc, że składając swoje

oświadczenie woli, Carbo zaoferował Zamawiającemu dostawę 500 ton węgla, co jest oczywistą niezgodnością pomiędzy złożoną ofertą, a treścią SIWZ.

2.5. Treść złożonej oferty wyraźnie wskazuje więc, że Odwołujący nie uwzględnił, pominął i świadomie objął swoim oświadczeniem ilość 500 ton węgla, co potwierdził składając pismo z dnia 18 grudnia 2015 r. Należy więc uznać, że badanie charakteru nieprawidłowości w zakresie wskazanych cen za wykonanie przedmiotu zamówienia w kontekście oczywistej bezsporności: braku zamiaru jego popełnienia i niezdawania sobie sprawy przez Odwołującą z jego popełnienia, nie może prowadzić do uznania, że mamy do czynienia z omyłką. Wprost przeciwnie, Odwołujący nie dochowując należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy uczestniczącego w procedurze przetargowej, pominął istotną okoliczność ilości oczekiwanych do dostarczenia ton węgla bazując bądź to na opisie pkt 3.1. SIWZ bądź na ilościach z poprzednich postępowań przetargowych i zawartych umów. Niezgodność pomiędzy ofertą i SIWZ nie wynikała więc z błędnego odczytania SIWZ ale z pominięcia wymagań Zamawiającego, które uwzględnili pozostali uczestnicy postępowania. Umyślne zastosowanie w ofercie ilości mniejszej niż oczekiwana przez Zamawiającego, nie może być traktowane, jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 ustawy Pzp (Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 29 stycznia 2010 r., XII Ga 429/09).

Podsumowując powyższe rozważania, Zamawiający wskazał, że Odwołujący składając ofertę świadomie zaoferował dostawę jedynie 500 ton węgla doprowadzając do niezgodności oferty SIWZ. Tego typu niezgodność pomiędzy ofertą a SIWZ, nie może być traktowana, jako omyłka podlegająca poprawie w trybie art. 87 ust. 2.

III. Brak możliwości uznania nieprawidłowości w ofercie jako omyłki rachunkowej.

3.1. Z ostrożności na wypadek uznania, że popełniona przez Carbo nieprawidłowość w złożonej ofercie, stanowi jednak omyłkę, Zamawiający wskazał, że nie może być ona traktowana jako omyłka rachunkowa. Wykonawca wskazał zarówno w piśmie z dnia 18 grudnia 2015 r. jak i w samym odwołaniu, że dokonując obliczenia wynagrodzenia za całość przedmiotu zamówienia, tj. wynagrodzenia za maksymalną ilość dostarczanego węgla podstawiał do wzoru 500 ton. Taka nieprawidłowość nie była, więc wynikiem błędnych obliczeń matematyczno-rachunkowych.

3.2. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, pod pojęciem omyłki rachunkowej należy rozumieć błąd w zakresie działań matematycznych, zwłaszcza arytmetycznych. Omyłka rachunkowa polega na uzyskaniu błędnego wyniku obliczeń. Tę cechę można przypisać wyłącznie omyłkom dotyczącym prostych działań na małych liczbach. Dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, wystarczający jest fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny

oferty oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia (KIO/UZP 1978/10).

3.3. „Omyłka rachunkowa”, to omyłka w obliczaniu ceny, czyli omyłka w przeprowadzeniu rachunków na liczbach. Omyłka rachunkowa ma charakter „oczywisty”, gdy jej stwierdzenie, a tym samym poprawienie, nie wymaga żadnej specjalnej analizy, czy też wiedzy specjalnej (KIO/UZP 30/10). Identyfikując wadę treści oferty polegającą na oczywistej omyłce rachunkowej, zamawiający powinien podejmować czynności korygujące, w granicach przyznanych mu kompetencji.

3.4. Takie rozumienie oczywistej omyłki rachunkowej implikuje, że wykonawca ją popełniający prawidłowo określa poszczególne czynniki działania matematycznego (w tym wypadku mnożenia), a jedynie jego wynik (tu iloczyn) jest błędny i możliwy do poprawienia przez ponowne działanie na tych samych czynnikach. Zamawiający wskazał, że takie działanie niemożliwe było do przeprowadzenia, bowiem z treści oferty - potwierdzonej późniejszymi oświadczeniami Carbo - wynikało, że błąd polegał na nieprawidłowym - ale całkowicie świadomym - podstawieniu jednego z czynników tj. ilości ton.

Podsumowując, Zamawiający stwierdził, że w sprawie nie doszło do naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, bowiem błąd w ofercie nie stanowił omyłki (co wskazano powyżej w pkt 2), a tym bardziej oczywistej omyłki rachunkowej o czym powyżej.

IV. Niemożliwość usunięcia niezgodności w ofercie Odwołującej jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ. Brak danych potrzebnych do usunięcia omyłki. Brak możliwości dopuszczalnej prawnie procedury wyjaśnień.

4.1. Zamawiający podniósł również, że nawet gdyby próbować przypisywać ujawnionej wadzie w ofercie, omyłki polegającej na niezgodności z treścią SIWZ, to niemożliwym było jej poprawienie. Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności (wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 11/09). Poprawienie omyłki nie może łączyć się ze składaniem, jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń wykonawcy (wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 55/12). Po wtóre zaś poprawienie omyłki nie może prowadzić do korygowania oświadczenia woli złożonego w postępowaniu. Postępowanie korygujące winno prowadzić zaś do odtworzenia rzeczywistej woli wykonawcy zniekształconej poprzez popełniony błąd.

4.2. Ponadto przy dokonywaniu oceny możliwości poprawy błędu w ofercie w kontekście art. 87 ust. 2 pkt 3 należy uwzględnić, że *„jeżeli parametry oferowanego sprzętu (urządzeń i materiałów) [tu dostaw - przyp. KS] nie zostały w ogóle przedstawione w ofercie (brak szczegółowego oświadczenia wykonawcy), to nie można uznać, że oferta spełnia wymagania siwz. W takim przypadku ogólne oświadczenie wykonawcy o zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami specyfikacji, nie prowadzi do*

sanowania braków w zakresie treści oferty” - tak za KIO 817/12.

4.3. W kontekście przedstawionych powyżej rozważań Zamawiający podniósł, że nie miał możliwości poprawienia występującej niezgodności.

Po pierwsze, niemożliwe było, dokonanie nowego działania matematycznego z uwzględnieniem prawidłowej ilości oferowanego węgla albowiem taka poprawa prowadziłaby do niezgodnej z zasadami poprawiania omyłek, zmiany oświadczenia woli wyrażonego w ofercie. Skoro Carbo dokonując obliczenia ceny posługiwał się świadomie ilością 500 ton, to Zamawiający nie mógł narzucić jej gotowości do dostawy 550 ton.

Z drugiej strony niemożliwe było poprawienie omyłki w odwrotnym kierunku to jest przez podzielenie iloczynu 349.000,00 zł przez ilość ton i ustalenie niższej ceny jednostkowej, bowiem Zamawiający nie miał pewności, że wykonawca zrealizuje zamówienie po mniejszej cenie jednostkowej. Zauważył, że w treści formularza ofertowego zasadnicze znaczenie nadano cenie ogólnej, natomiast cena jednostkowa miała zawierać się w cenie ogólnej. Świadczy o tym użyte w formularzu ofertowym sformułowanie „... w tym ...”.

Odwołujący dopiero w piśmie z dnia 18 grudnia 2015 r. oraz w odwołaniu - a więc po terminie składania ofert - oświadczył, że poprawa winna nastąpić przez niedopuszczalną zmianę jej oświadczenia woli ujawnionego w ofercie, co do ilości ton węgla. Zamawiający nie miał takiej wiedzy w chwili oceny ofert.

4.4. Zastosowanie w tym zakresie procedury wyjaśnień przewidzianych w art. 87 ust. 1 Pzp, miałyby postać niedozwolonych negocjacji dotyczących treści oferty. Trudno bowiem wyobrazić sobie niebędące formą negocjacji pytanie, w ramach którego Zamawiający miałby doprowadzić do złożenia oświadczenia przez wykonawcę, które powodowałoby zmianę ceny ogólnej. Takie pytanie i odpowiedź bez wątplenia prowadziłyby do próby usunięcia wad oferty, co nie jest możliwe na gruncie art. 87 ust. 1 Pzp. Zwrócił uwagę, że instytucja wyjaśnień ma charakter prawa Zamawiającego a nie jego obowiązku. Z prawa tego Zamawiający nie musi korzystać, jeśli treść oświadczenia wykonawcy jest dla niego zrozumiała. Nie było, żadnych wątpliwości, że Odwołujący zaoferował dostawę 500 ton węgla, a dopiero w procedurze pisma z dnia 18 grudnia 2015 r. i w odwołaniu zmienił to oświadczenie oferując dostawę 550 ton i wymagając od Zamawiającego zmiany własnej oferty w sposób prawem niedopuszczalny.

Podsumowując, Zamawiający stwierdził, że w postępowaniu nie doszło do naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, bowiem nieprawidłowość, której dopuścił się Odwołujący nie stanowiła omyłki a tym bardziej omyłki, o której mowa w tym przepisie. Zamawiający nie miał danych niezbędnych do jej poprawy. Niezgodność pomiędzy ofertą Odwołującego a treścią SIWZ była istotna na tyle, że jej ewentualna poprawa prowadziłaby do istotnej zmiany w treści oferty, tj. w zakresie ilości zaoferowanych ton węgla. Ponadto nie naruszono także

normy wynikającej z art. 87 ust. 1 przez nieskorzystanie z tego uprawnienia Zamawiającego. W tym zakresie niemożliwe było prowadzenie wyjaśnień, co do kierunku poprawy omyłki bez niedozwolonych negocjacji z Carbo.

V. Inne zarzuty Odwołującego.

5.1. Zamawiający wskazał, że wobec twierdzeń podniesionych wyżej nie dopuścił się naruszeń art. 7 ust. 1 ani 7 ust. 3 Pzp.

5.2. Oferta Odwołującego niezgodna była z treścią SIWZ z uwagi na zaoferowanie w niej mniejszej niż oczekiwana przez Zamawiającego ilości ton węgla, a więc jako taka podlegała odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 (2). Skoro tak, to prawidłowym było wybranie oferty drugiego w kolejności wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący jest czynnie legitymowany do wniesienia odwołania. Jest jednym z dwóch wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Cena oferty odwołującego jest niższa od ceny oferty wybranej, zatem występują przesłanki określone w art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołujący, precyzując zarzuty i żądania spośród przedstawionych alternatywnie, cofnął zarzuty: 2 i 5 - wskazujące naruszenie:

2) art. 7 ust. 3 przez jego niezastosowanie i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,

5) art. 87 ust. 2 pkt 2 przez jego niezastosowanie i brak poprawienia w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

i odpowiednio żądanie - 5:

5) z ostrożności, gdyby Izba nie uznała jak w pkt 3, nakazanie Zamawiającemu poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie w granicach zarzutów podtrzymanych przez odwołującego i orzekła w wyroku.

Izba ustaliła.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa opału w postaci węgla wysokokalorycznego kamiennego do miejsc zamieszkania podopiecznych Ośrodka na przestrzeni 2016 roku

w okresach grzewczych: od 04.01.2016 do 31.05.2016 i od 01.09.2016 do 31.12.2016 r. wraz z jego załadunkiem, transportem i rozładunkiem na terenie posesji klienta w miejscu przez niego wskazanym. Szacunkowa ilość ton węgla w 2016 roku wynosi nie mniej niż 500 ton węgla i nie więcej niż 550 ton. Jednorazowa dostawa węgla będzie nie mniejsza niż 0,5 tony - rozdział 3 SIWZ- Opis przedmiotu zamówienia, pkt 3.1.

W rozdziale 13 Opis sposobu obliczenia ceny, zamawiający zamieścił opisy.

13.1 Przed obliczeniem ceny oferty Wykonawca powinien dokładnie i szczegółowo zapoznać się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

13.2 Wykonawca uwzględniając wszystkie wymagania, o których mowa w niniejszej SIWZ, powinien w zaproponowanej cenie ofertowej uwzględnić wszystkie niezbędne nakłady, pozwalające osiągnąć cel oznaczony w umowie. Nakłady te winny obejmować również wszelkie koszty związane z formą wynagrodzenia, dopełnieniem obowiązków wynikających z przepisów prawnych, umowy i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

13.3 W formularzu ofertowym Wykonawca podaje:

a) cenę jednostkową brutto za 1 tonę węgla (A),

b) cenę brutto (z VAT) za wykonanie całości przedmiotu zamówienia obliczoną wg wzoru: $C = A * 550$, gdzie: C - cena brutto za wykonanie całości zamówienia, A - cena brutto jednej tony węgla, 550 - szacunkowa ilość ton węgla na 2016 rok,

c) stawkę podatku VAT wg obowiązujących przepisów dotyczących wysokości stawki podatku od towarów i usług (VAT).

13.4 Dla porównania ofert Zamawiający będzie brał pod uwagę cenę brutto obejmującą podatek od towarów i usług (VAT) za wykonanie całości przedmiotu zamówienia.

13.8 Zamawiający zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprawi w ofercie: a) oczywiste omyłki pisarskie, b) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, c) 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.

W rozdziale 14 Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, zamawiający wskazał: 14.1 Kryteria oceny ofert i znaczenie tych kryteriów: cena - 100%.

We wzorze umowy pn. dodatek nr 4 do SIWZ, Umowa nr...(wzór), zamawiający wskazał.

§ 1.1. Na podstawie wyników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego Zamawiający zleca,

a Wykonawca przyjmuje do wykonania w 2016 roku dostawę węgla kamiennego do miejsc zamieszkania klientów Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Radomsku, wraz z jego załadunkiem, transportem i rozładunkiem na terenie posesji klienta w miejscu przez niego wskazanym, w maksymalnej wielkości 550 ton, z zastrzeżeniem w ust. 3, ust. 4 i ust. 5.

3. Dostawa węgla w roku 2016 odbywa się w okresach od 04.01.2016 do 31.05.2016 oraz od 01.09.2016 do 31.12.2016.
4. Dostawa węgla w poszczególnych okresach jest uzależniona od potrzeb Zamawiającego w danym okresie.
5. Zamawiający zastrzega sobie możliwość dostawy węgla w mniejszych ilościach, niż określone w ust. 1.
6. Jednorazowa dostawa węgla do klienta będzie nie mniejsza niż 0,5 tony.

§ 3. 1. Cena za dostawę jednej tony węgla wraz z transportem, załadunkiem i rozładunkiem wynosi: brutto: ...zł. słownie: ...zł., netto: ...zł. słownie: ...zł.

2. Maksymalna wysokość wynagrodzenia za dostawę całego przedmiotu zamówienia stanowi kwotę: brutto: ...zł. słownie: ...zł, netto: ...zł. słownie: ...zł.
3. Kwota brutto zawiera podatek od towarów i usług (stawka podatku VAT: ...) wg przepisów obowiązujących w dniu zawarcia umowy.
5. Wysokość wynagrodzenia za dostawę stanowić będzie iloczyn ceny brutto za dostawę jednej tony węgla określonej w ust. 1 oraz ilości ton węgla faktycznie dostarczonego w oparciu o decyzje administracyjne, o których mowa w § 2 ust. 1.
6. Cena, o której mowa w ust. 1 za dostawę jednej tony węgla, nie może ulec zmianie przez okres trwania umowy, z zastrzeżeniem ust. 4 (ustawowa zmiana stawki podatku od towarów i usług).

W obowiązkowym formularzu ofertowym (dodatek nr 1 do SIWZ), odwołujący oferując wykonanie zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia za wynagrodzenie umowne w kwocie (brutto z VAT), podał 349.000 zł, w tym za jedną tonę węgla (brutto z VAT) 698,00 zł.

W formularzu nie wskazał ilości ton dostawy - nie było takiego wymagania ani przeznaczonego miejsca.

Wysokość wynagrodzenia za dostawę stanowić będzie iloczyn ceny brutto za dostawę jednej tony węgla oraz ilości ton węgla faktycznie dostarczonego w oparciu o decyzje administracyjne zamawiającego.

Jedynym opisem wskazującym ilość ton węgla, jaką należy wziąć pod uwagę przy obliczeniu ceny oferty, to wzór obliczenia ceny oferty, również ze wskazaniem szacunkowej ilości ton węgla w 2016 r. - 550.

Dane przedstawione w formularzu ofertowym - wynagrodzenie umowne 349.000,00 zł i cena jednej tony węgla 698,00 zł, umożliwiają ustalenie zaoferowanej ilości ton węgla (cena umowna podzielona przez cenę jednej tony węgla, wskazuje 500 ton a nie 550, które należało podstawić do wzoru obliczenia ceny brutto za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, przyjętej dla porównania ofert - rozdział 13 pkt 13.4 SIWZ).

Cena drugiej oferty złożonej w postępowaniu, to cena jednej tony węgla 726,93 zł, cena umowna oferty 399.811,50 zł (550 ton).

Różnica w cenach ofert - jednej tony węgla - wynosi 28,93 zł. Różnica w całkowitych cenach ofert, przy uwzględnieniu dostawy 550 ton węgla przez odwołującego (cena jednej tony węgla 698,00 zł), wynosi 15.911,50 zł.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego podając informację: oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

„Uzasadnienie odrzucenia: Zamawiający w SIWZ określił szczegółowo wytyczne co do treści ofert składanych przez Wykonawców. Zgodnie z Rozdziałem 13 „Opis sposobu obliczania ceny” pkt 13.3 ppkt b SIWZ Zamawiający przedstawia wzór pozwalający wyliczyć cenę brutto za wykonanie całości przedmiotu zamówienia tj. *„W formularzu ofertowym Wykonawca podaje: a) cenę jednostkową brutto za 1 tonę węgla (A), b) cenę brutto (z VAT) za wykonanie całości przedmiotu zamówienia obliczoną wg wzoru: $C = A * 550$, gdzie: C - cena brutto za wykonanie całości zamówienia, A - cena brutto jednej tony węgla, 550 - szacunkowa ilość ton węgla na 2016 rok; c) stawkę podatku VAT wg obowiązujących przepisów dotyczących wysokości stawki podatku od towarów i usług(VAT).”*

W trakcie badania oferty Zamawiający stwierdził, że Wykonawca dokonał obliczenia ceny niezgodnie z wymaganiami SIWZ. Wykonawca wskazał cenę ogólną za realizację całej umowy w kwocie 349.000,00 zł, natomiast cenę jednostkową za tonę węgla wskazał na poziomie 698,00 zł. Uwzględniając ilość ton węgla, jaką Zamawiający przewiduje do zakupu tj. 550 ton, niemożliwe jest ustalenie za jaką cenę Wykonawca zamierza zrealizować zamówienie albo konieczne jest ustalenie, że Wykonawca zamierza dostarczyć jedynie 500 ton węgla. Podzielnie bowiem kwoty ogólnej wskazanej przez Wykonawcę i ceny jednostkowej za tonę wykazuje, iż gotowym jest on dostarczyć jedynie 500 ton węgla. Jednocześnie Zamawiający nie miał możliwości dokonania poprawy złożonej oferty bez przeprowadzenia w tym zakresie negocjacji z Wykonawcą.”

Izba zważyła.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej

treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, który 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. Z kolei, przepis art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3.

W orzecznictwie Izby przyjęto, że zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, ma zastosowania wówczas, gdy niezgodność ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, niemożliwy do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna dotyczyć sfery zobowiązania zamawiającego, opisanego w SIWZ oraz oferowanego zobowiązania wykonawcy, określonego w ofercie. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu przepisu polega na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ. Zastosowanie przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia jej zgodności z treścią SIWZ.

W wyroku z dnia 7 maja 2012 r., sygn. akt KIO 817/12 (przywołanym przez zamawiającego) Izba wskazała: *„Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp podstawą odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezgodność ta przejawia się przede wszystkim w zaoferowaniu przedmiotu zamówienia nieposiadającego wymaganych właściwości lub cech, lub też niewłaściwego, w stosunku do wymagań zamawiającego, sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Oferta nie może także podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią siwz jest możliwa do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jako inna omyłka niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. 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. Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi natomiast, 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 to podkreślono 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.”

Izba nie uznała możliwości poprawienia omyłki w tej sprawie, gdyż „W specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 8.2 pt. „Zawartość oferty i sposób jej przedstawienia”, zamawiający zawarł postanowienie w pod lit. a, zgodnie z którym wykonawcy byli zobowiązani złożyć w ofercie formularz ofertowy oraz „wypełnione załączniki nr 2a, 2b, 2c, 2d, 2e”. Załączniki te zostały sporządzone w formie tabeli zawierających wymagane przez zamawiającego minimalne parametry techniczne „Opis i zestawienie elementów nagłośnienia”, „Opis i zestawienie elementów technologii sceny”, „Opis i zestawienie wyposażenia meblowego”, „Wyposażenie gastronomiczne kuchni” - wraz z kolumną do wypełnienia przez wykonawcę, w której należało potwierdzić parametry oferowanego przedmiotu zamówienia oraz kolumną zawierającą wskazanie m.in. ilości sztuk, wartości lub ceny poszczególnych urządzeń, elementów wyposażenia i materiałów. Stosownie do pkt 11.1 siwz zamawiający przewidział cenę ryczałtową za wykonanie przedmiotu zamówienia, którą należało podać w formularzu ofertowym. Ceny za poszczególne elementy składowe przedmiotu zamówienia należało podać w tabeli elementów scalonych (załącznik nr 2a). W zakresie objętym załącznikami nr 2b do 2e w tabeli elementów scalonych należało podać cenę wynikającą z zsumowania cen poszczególnych urządzeń i materiałów oraz ich ilości. Odwołujący złożył ofertę, do której nie załączył wypełnionych załączników oznaczonych jako nr 2b, 2c, 2d, 2e.”

W wyroku z dnia 22 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1472/15 (przywołanym przez odwołującego), Izba uznała: „Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty należy rozumieć jako merytoryczną zawartość oświadczenia woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako

najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z przedmiotem zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. - jest z nią zgodna." (...) „Jednakże nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. Zaniechanie takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, co nie zapewnia rozstrzygnięcia postępowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. (...) Jednocześnie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie ogranicza możliwości dokonywania zmian z punktu widzenia tego, czy dotyczą przedmiotowo lub podmiotowo istotnych albo nieistotnych elementów oferty, gdyż granicą dopuszczalności zmian jest to, aby nie prowadziła ona do znaczącej ingerencji w treść oferty, która spowodowałaby wytworzenie przez zamawiającego zupełnie nowej treści oświadczenia woli w stosunku do złożonego przez wykonawcę. (...) Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może nawet wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca może więc sporządzić ofertę z pełną świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią s.i.w.z. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich nieistotności, również podlegają poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, w tym przypadku zmiany przekonania wykonawcy co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanym poprawieniu omyłki i ewentualny brak wyrażenie zgody, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 pzp jako podstawie do odrzucenia oferty, niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie. Taka interpretacja omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp pozostaje w zgodzie ze słownikowym rozumieniem słowa „omyłka”, które oznacza spostrzeżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, błąd w postępowaniu, rozumowaniu itp. (Słownik języka polskiego pod red. Witolda Doroszewskiego, Wydawnictwo Naukowe PWN, dostępny na stronie <http://sjpd.pwn.pl>). Odnośnie celowości złożenia oferty o treści niezgodnej z s.i.w.z. jako przeszkody w dokonaniu ich uzgodnienia, zauważyć należy, że art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie wprowadza wprost takiej negatywnej przesłanki. Wykazanie jej wystąpienia w większości przypadków byłoby zresztą niezwykle trudne, o ile nie niemożliwe. Należy zauważyć, że złożenie oferty - co do zasady - stanowi zaakceptowanie przez

wykonawcę jednostronnie określonych przez zamawiającego oczekiwań co do zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Stąd, jako zasadę należy przyjąć, że wykonawca podejmując decyzję o uczestnictwie w postępowaniu i złożeniu w nim oferty chce przez to uczynić zadość postawionym w postępowaniu wymaganiom, w szczególności co do przedmiotu zamówienia, aby oferta odpowiadała treści s.i.w.z. W konsekwencji - jeżeli jakieś konkretne okoliczności dobitnie nie wskazują, że jest inaczej - należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, a zatem z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Natomiast nie zawsze wykonawcom udaje się, z różnych względów, złożyć ofertę, której treść jest w pełni zgodna z treścią s.i.w.z. i wtedy obowiązkiem zamawiającego jest rzetelne rozważenie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Nie sposób zaakceptować stanowiska, że sam fakt złożenia oferty nie w pełni zgodnej z s.i.w.z. jest dowodem woli złożenia przez wykonawcę oferty niezgodnej z s.i.w.z., gdyż wtedy przepis ten pozostałby martwy.”

Izba wskazuje istotne w sprawie orzecznictwo i wynik kontroli, uwzględnione na równi z przywołanym przez strony, w toku oceny zarzutów odwołania:

- w wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII Ga 102/09, Sąd Okręgowy w Krakowie orzekł: „1. Kwalifikator „istotnych zmian”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. 2. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co, w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia.”;

- w wyroku z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt XII Ga 429/09, Sąd Okręgowy w Krakowie orzekł: „Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki”. Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp.”;

- w wyroku z 21 maja 2008 r., sygn. akt XII Ga 151/08, Sąd Okręgowy w Gdańsku orzekając w przedmiocie oczywistej omyłki pisarskiej, w końcowej części uzasadnienia wyroku wskazał na projekt nowelizacji Pzp (numer druku 471 - ze stron internetowych Sejmu i Senatu), zmieniającej przepis art. 87 ust. 2 Pzp, w którym podano: (...) „Proponowany przepis art. 87

ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2 ustawy. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami”;

- w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 8/2013, opracowanie pt. Kontrola udzielania zamówień publicznych, Przykłady naruszenia dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stwierdzone w toku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, współfinansowanych ze środków UE zakończonych w latach 2011-2013, w przykładzie 3-KU/8/11 (str. 11-13), przedstawiono - na podstawie orzecznictwa - stanowisko: „(...) należy także zauważyć, że w przypadku wątpliwości zamawiającego, czy niezgodność oferty z treścią siwz ma charakter omyłki, czy też świadomego oświadczenia woli wykonawcy oferującego zamawiającemu element przedmiotu zamówienia, którego nie wymagał, zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, o których stanowi ust. 1 powołanego przepisu, zmierzającymi do ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz charakteru i rodzaju, czy samej potrzeby wprowadzenia ewentualnych zmian w jej treści. Zawarte w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pojęcie „innej omyłki” nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako błąd techniczny w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażeń czy wartości, czy wszelkich innych powstających bez świadomości ich wystąpienia przeoczeń i braków prowadzących do niezgodności oferty ze specyfikacją. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może wynikać z jego błędnego przekonania, co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca sporządza ofertę z pełną świadomością, co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią siwz. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich „nieistotności”, również winny być poprawiane w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, tj. zmiany przekonania wykonawcy, co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanym poprawieniu omyłki i brak wyrażenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 959/09).”

W rozpoznawanej sprawie, zamawiający określił w opisie przedmiotu zamówienia dostawę węgla wskazując wyłącznie wielkości szacunkowe w granicach 500 - 550 ton.

We wzorze umowy wskazał również szacunkową ilość ton węgla 550. Dla obliczenia ceny oferty dla celów porównawczych należało przyjąć ilość ton węgla 550, również ilość szacunkową. Faktycznie o ilości ton dostarczonego węgla w granicach 500 - 550, będą decydowały potrzeby zamawiającego, niesprecyzowane na tym etapie postępowania. Cena za usługę dostawy będzie wynikiem rzeczywiście dostarczonej ilości ton węgla oraz ceny jednostkowej - ceny za jedną tonę węgla. Jednocześnie cena za dostawę jednej tony węgla, jako podstawa obliczenia ceny za dostawę - nie może ulec zmianie przez okres trwania umowy.

Odwołujący oferując wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w specyfikacji, podał w ofercie cenę jako wynagrodzenie umowne, w tym cenę za jedną tonę węgla. Z podanych kwot wynika, że do obliczenia ceny za całość zamówienia przyjął niezgodnie ze wzorem przedstawionym w SIWZ 500 ton, zamiast szacunkowej ilości ton węgla na 2016 rok przyjętej dla porównania cen ofert 550 ton. Przy uwzględnieniu, że ilość dostarczonego węgla będzie ustalana w toku realizacji zamówienia, zasadnicze znaczenie dla oceny oferty, ma cena jednostkowa - cena jednej tony węgla przedstawiona w ofercie odwołującego.

Wynagrodzenie umowne wykonawcy, to iloczyn ceny brutto za dostawę jednej tony węgla oraz ilości ton węgla faktycznie dostarczonego.

Oceniając stan sprawy ustalony w toku postępowania dowodowego, z uwzględnieniem przedstawionej linii orzeczniczej i interpretacji przepisów Pzp, Izba, uznała, że przyjęcie dla obliczenia ceny oferty dla porównania cen ofert 500 ton węgla zamiast 550 ton wynikających ze wzoru wskazanego przez zamawiającego, przy przedstawieniu ceny za tonę węgla - czynnika cenotwórczego, podlegało poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Zamawiający wskazując w SIWZ wzór obliczenia ceny oferty, uprawniony był do poprawienia oferty bez uzyskiwania wyjaśnień odwołującego, co wynika z przywołanego przepisu (poprawienie omyłki bez udziału wykonawcy i niezwłoczne zawiadomienie o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona). Również, zgodnie z przyjętą wykładnią przepisu art. 87 ust. 1 Pzp, mógł wyjaśnić ewentualną wątpliwość w tym trybie.

Na zasadzie analogii Izba wskazuje, że w uchwałach z dnia 20 października 2011 r. III CZP 52/11 i III CZP 53/11 (dotyczących obliczenia ceny oferty z zastosowaniem stawki

podatku VAT), Sąd Najwyższy uznał, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy zamawiający określił sposób obliczenia ceny analogicznie jak w rozpoznawanej sprawie: *„Jeżeli zatem zamawiający w specyfikacji, w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny, wskazał tę stawkę, wówczas kontrola oferty w tym zakresie może sprowadzić się do poprawienia oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3), jeżeli poprawienie nie spowodowałoby istotnych zmian w jej treści.”*

W szczególności Sąd wskazał: *„W Prawie zamówień publicznych ustawodawca obciążył zamawiającego obowiązkiem oceny ofert wykonawców, której rezultat - w zależności od przejawów negatywnego wyniku tej oceny - stwarza obowiązek zamawiającego poprawienia w ofercie m.in. innej omyłki i niezwłocznego zawiadomienia o tym wykonawcy albo obowiązek odrzucenia oferty, jeśli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub jeśli wykonawca, niezwłocznie zawiadomiony o poprawieniu oferty, w terminie trzech dni od dnia doręczenia tego zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie innej omyłki (art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 6 i 7 Pr.z.p.). Tak ukształtowany w Prawie zamówień publicznych zakres obowiązków zamawiającego ma na celu zapewnienie możliwości dokonania prawidłowej oceny merytorycznej zgłoszonych ofert, z zachowaniem wynikającej z ustawy zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. O porównywalności ofert w zakresie zaproponowanej ceny można zatem mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównywania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i kształt nakazanych ustawą ujętych chronologicznie, kolejnych jego obowiązków, warunkowany jest treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jedynie wówczas, gdy zamawiający wskazał w specyfikacji konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą także wysokość określonej w ofercie ceny, może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w specyfikacji. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. W sytuacji, w której zamawiający nie określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pr.z.p., ponieważ nie wystąpi wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty ze specyfikacją wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności.”*

Zamawiający wskazał w specyfikacji w opisie sposobu obliczenia ceny oferty wzór do obliczenia ceny oferty, który obligował do ustalenia ceny całkowitej z uwzględnieniem 550

ton węgla. Dysponując wszystkimi elementami składającymi się na wzór obliczenia ceny oferty, w świetle przedstawionego orzecznictwa, zamawiający winien poprawić cenę całkowitą oferty zgodnie z wzorem zamieszczonym w SIWZ, jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą - w okolicznościach sprawy - istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym odwołującego.

W stanie faktycznym sprawy występują elementy omyłki, o których stanowi przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp - inna omyłka niż oczywista, polegająca na niezgodności treści oferty z SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty.

Wskazanie przez odwołującego „*W zawiadomieniu o podjęciu przez zamawiającego czynności niezgodnej z przepisami ustawy*”, złożonym zamawiającemu w dniu 18 grudnia 2015 r., że omyłko pomnożył cenę jednostkową za jedną tonę węgla przez ilość 500 ton, a nie 550 ton węgla, nie pozbawia czynności waloru omyłki, wręcz ją potwierdza.

Niezastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zważywszy na cenę dostawy jednej tony węgla - element cenotwórczy ceny oferty, powoduje, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako przedwczesne, stanowi o naruszeniu przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (wybór najkorzystniejszej oferty), co zobowiązuje Izbę do uwzględnienia odwołania (art. 192 ust. 2 Pzp).

Mając na uwadze przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 7 ust. 1 Pzp, Izba orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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), zasądzając na rzecz odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, z ograniczeniem wynagrodzenia pełnomocnika do kwoty wskazanej w § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia.

Przewodniczący: