

WYROK
z dnia 18 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 kwietnia br. przez wykonawcę B.-E. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w (...) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - T.Z.U.K. w (...)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu T.Z.U.K. w (...) powtórzenie badania i oceny ofert z udziałem oferty wykonawcy B.-E. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w (...), oraz poprawienie w niej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - T.Z.U.K. w (...) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę B.-E. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w (...) tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego - T.Z.U.K. w (...) na rzecz wykonawcy B.-E. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w (...) kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset 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 (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

I. T.Z.U.K. w (...) (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Utrzymanie parków, zieleni i infrastruktury miejskiej na terenie miasta (...) w okresie 2017 - 2019 r”, znak sprawy: TZUK.271.1.2017 - część I.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 5 kwietnia 2017 r. wykonawca B.-E. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- a) art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie dokonania poprawy innej omyłki w ofercie Odwołującego polegającej na niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty,
- b) art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez niezasadne przyjęcie, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ, a tym samym istnieją przesłanki do jej odrzucenia z postępowania,
- c) art. 93 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych poprzez niezasadne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w związku z przyjęciem, iż

w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu,
d) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez rażąco naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przejawiającym się w preferencyjnym traktowaniu określonych wykonawców.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zdaniem Odwołującego, jego oferta została bezpodstawnie odrzucona z postępowania. Rzeczywiście nie podał wyceny uzupełniania palików przy drzewach w roku 2019. Ponieważ podał taką wycenę za rok 2017 i rok 2018 (10 zł za sztukę) Zamawiający mógł wywieść, że taka sama wycena będzie obowiązywała w 2019 r. Tym samym zakładany dla 2019 r. obmiar dla uzupełnienia palików przy drzewach powinien zostać przemnożony przez ww. stawkę (tj. 30

3

x 10 zł = 300 zł). W oparciu o powyższe założenia Zamawiający winien był dokonać poprawy omyłki w tym zakresie.

Omyłka w ofercie Odwołującego może zostać zakwalifikowana zarówno jako omyłka o charakterze pisarskim, jak również może zostać uznana za inną omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Stanowisko Zamawiającego - jakoby nie miał możliwości zastosowania instytucji określonej w art. 87 ust 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w oparciu o dane zawarte w kosztorysach dla 2017 r. i 2018 r. - wydaje się być całkowicie nieuzasadnione i sprzeczne z ugruntowanym w tym zakresie stanowisku Krajowej Izby Odwoławczej. Podnosił, iż dokonanie poprawy omyłki w ofercie wykonawcy, w sposób o którym mowa powyżej nie miałoby istotnego wpływu na wysokość zaoferowanej ceny. Wartość brutto uzupełnienia palików przy drzewach w 2019 r. stanowi jedynie 1,28 promila wartości całej ceny oferty. Powyższe dodatkowo przesądza o zasadności ponoszonego zarzutu.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania,
- b) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- c) dokonania ponownej oceny oraz badania ofert,
- d) dokonania poprawy innej omyłki w ofercie Odwołującego, polegającej na niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, alternatywnie dokonania poprawy tej omyłki jako oczywistej omyłki pisarskiej,
- e) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o jego oddalenie. Rozstrzygnięcie sprowadza się do odpowiedzi na pytanie czy powinien poprawić omyłkę w ofercie Odwołującego czy nie – zdaniem Zamawiającego nie było podstawy do dokonania takiej poprawy. Rozbił kosztorys ofertowy na poszczególne lata, aby wykonawcy mogli zaproponować różne stawki na różne lata i Odwołujący z takiego uprawnienia skorzystał podając w odniesieniu do różnych prac różne stawki za różne lata (pozycje podane w odpowiedzi na odwołanie). Przywołane w odwołaniu orzecznictwo dotyczące podania kwoty zero jest nieadekwatne do sytuacji w niniejszym postępowaniu, ponieważ Odwołujący nie podał kwoty zero tylko pozostawił puste miejsce, co stanowi istotny brak oświadczenia woli, który nie mógł być uzupełniony

4

przez Zamawiającego. Nie miał on podstaw do dokonania jakiegokolwiek poprawy w przeciwieństwie do sytuacji, na którą powołuje się Odwołujący w równoległym postępowaniu. W zawiadomieniu z dn. 06.04.2017 r. złożonym przez Odwołującego na rozprawie Zamawiający faktycznie informuje o poprawieniu omyłki natomiast wówczas posiadał dane na podstawie, których mógł wywieść sposób dokonania poprawy, ponieważ brakowało krotności, a nie ceny jednostkowej.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Nie było sporne, że Zamawiający wymagał załączenia do oferty kosztorysu ofertowego. Odwołujący taki kosztorys załączył, wypełniając wszystkie pozycje oprócz jednej – nie wycenił, pozostawiając puste pole, ceny jednostkowej i globalnej (Zamawiający podał w SIWZ ilość palików, jaką należało wycenić w poszczególnych latach), za uzupełnienie palików w 2019 r. Podał taką wycenę za rok 2017 i rok 2018 (10 zł za sztukę).

Powyższe stało się powodem odrzucenia oferty – zdaniem Zamawiającego była ona sprzeczna z treścią SIWZ, a uchybienia nie można było naprawić, ponieważ Zamawiający musiałby uzupełnić ofertę o treść (wycenę) nie zawartą w ofercie na dzień jej złożenia.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że omyłkę w ofercie Odwołującego można było poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, jako inną omyłkę, polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnej zmiany w treści oferty. Poprawy można dokonać przyjmując wycenę jednostkową taką samą, jak w poprzednich latach (10 zł za sztukę) i przemnożyć przez wymaganą krotność (30 szt) otrzymując kwotę 300 zł, która należało dodać do ceny oferty. W ocenie Izby przyjęcie założenia, że w kolejnym roku (2019) cena za uzupełnienie palików przy drzewach będzie taka sama, jak w poprzednich latach (2017 i 2018) było uprawnione i nie powodowało istotnych zmian w treści oferty. Trafnie argumentował Odwołujący na rozprawie,

5

że w swojej ofercie w dziale IV, obejmującym pielęgnację drzew dla wszystkich pozycji dla wszystkich kolejnych lat podał te same ceny, jedynie omyłkowo pomijając uzupełnienie palików w 2019 r. Skoro w całym dziale IV podane były te same ceny za kolejne lata, to zasadne było przyjęcie, że w 2019 r. cena uzupełnienia palików będzie taka sama. Należy również zauważyć, że Odwołujący nie miał żadnego interesu w pominięciu wyceny przedmiotowej pozycji, a więc brak wyceny w tym miejscu nie wynikał z żadnej próby manipulacji ceną ofertową, a był zwykłą omyłką (którą także można zakwalifikować jako omyłkę pisarską). Rzeczywiście, gdyby w ogóle w ofercie nie wyceniono uzupełnienia palików, to brakowałoby podstawy, aby dokonać poprawy. Wycena tej pozycji jest jednak podana za poprzednie lata i w kontekście całej wyceny w dziale obejmującym pielęgnację drzew uprawnione było założenie, że w 2019 wycena ma być taka sama. Na powyższe stanowisko nie wpływa okoliczność, że w innych działach kosztorysu ofertowego Odwołujący różnie wycenił te same pozycje w kolejnych latach – Odwołujący wyjaśniał, że brał pod uwagę specyficzne czynniki wpływające na wycenę. Jednak w dziale obejmującym pielęgnację drzew, jak wynika z konsekwentnej wyceny w kolejnych latach, Odwołujący nie przewidywał żadnych wydarzeń powodujących zmniejszenie czy zwiększenie wyceny.

Konkludując, Izba stwierdziła, że oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu (zatem nie ziszcila się przyczyna unieważnienia postępowania z braku złożenia ofert niepodlegających odrzuceniu), a więc Zamawiający powinien powtórzyć badanie i ocenę ofert, z udziałem oferty Odwołującego, dokonując w niej poprawy.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1, dlatego orzeczono jak w sentencji.

6

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....