

WYROK
z dnia 8 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 8 stycznia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2020 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: **Zakład Usług Leśnych J. P., Zakład usług Leśnych M. K., Zakład Usług Leśnych s.c. R. Ś. P. Ś.** (Miechów 7B, 56-215 Niechlów) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Nadleśnictwo Głogów** (ul. Sikorskiego 54, 67-200 Głogów),

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: **Zakład Usług Leśnych J. P., Zakład usług Leśnych M. K., Zakład Usług Leśnych s.c. R. Ś. P. Ś.** (Miechów 7B, 56-215 Niechlów) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **Nadleśnictwo Głogów** (ul. Sikorskiego 54, 67-200 Głogów) kwotę 3765 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset sześćdziesiąt pięć złotych, zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł oraz kosztów dojazdu w kwocie 165 zł.
- Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **do Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Sygn. akt KIO 3363/20

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: Zakład Usług Leśnych J. P., Zakład usług Leśnych M. K., Zakład Usług Leśnych s.c. R. Ś. P. Ś. z siedzibą w Niechlewie (Odwołujący) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego Nadleśnictwo Głogów w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Głogów w roku 2021” w zakresie Pakietu II. Numer referencyjny: ZG.270.8.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dz. Urz. UE pod Numerem: 2020/S 202-490191-2020-PL.

Odwołujący wobec odrzucenia oferty wykonawcy i unieważnienia przedmiotowego postępowania w Pakiecie II zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że wykonawca złożył ofertę wariantową oraz zaoferował dwie różne ceny i złożył dwie oferty w jednym postępowaniu i odrzucenie oferty wykonawcy,
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie i niepoprawienie omyłki w kosztorysie ofertowym wykonawcy,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty wykonawcy w postępowaniu, podczas gdy nie podlegała ona odrzuceniu jako zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 4) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania w Pakiecie II w sytuacji kiedy złożono ofertę niepodlegającą odrzuceniu.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w Pakiecie II: (1) uchylecia czynności unieważnienia postępowania; (2) poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy; (3) dokonania wyboru oferty wykonawcy.

Wniósł także o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

Podał, że Zamawiający, w wyniku bezpodstawnego unieważnienia postępowania, naraził na uszczerbek interes prawny odwołującego ubiegającego się o udzielenie niniejszego zamówienia poprzez nieosiągnięcie przychodów możliwych do uzyskania w trakcie realizacji zamówienia udzielonego w ramach przedmiotowego postępowania. Obecne rozstrzygnięcie dokonane z naruszeniem przepisów PZP uniemożliwia odwołującemu uzyskanie zamówienia, w sytuacji gdy jest on zainteresowany udzieleniem mu zamówienia. W wyniku naruszenia przepisów przez zamawiającego, odwołujący utracił szansę na realizację zamówienia, w związku z czym poniósł szkodę poprzez utratę szansy na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu zarzutów wskazał na następujące okoliczności:

I. Stan faktyczny

Zamówienie będące przedmiotem odwołania zostało opublikowane 16 października 2020 roku. Jest ono prowadzone w formie przetargu nieograniczonego z możliwością składania ofert częściowych z podziałem na IV Pakiety w procedurze powyżej tzw. progów uniijnych z uwagi na wartość zamówienia, która przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zastrzeżona została tzw. procedura odwrócona zgodnie z art. 24 aa ustawy Pzp. Odwołanie dotyczy Pakietu II. W przedmiotowym postępowaniu na Pakiet II została złożona jedna oferta - odwołującego.

W terminie składania ofert określonym w pkt 12.1. SIWZ wykonawca zobowiązany był złożyć Zamawiającemu Ofertę zawierającą m.in. formularz Oferty (sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ) wraz z Kosztorysem Ofertowym (sporządzonym wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ), sporządzone pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, b) pełnomocnictwo do złożenia oferty udzielone pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatrzonej kwalifikowany. Odwołujący we wskazanym terminie złożył ofertę wraz z kosztorysem ofertowym. W dniu 27 listopada 2020 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonego kosztorysu ofertowego w dziale I Hodowla lasu poz. 3 czynność prac WPOD >63N Wycinanie podszytów i podrostów (...) zostały wskazane dwie wartości w każdej z kolumn.

Odwołujący w dniu 30 listopada 2020 r. złożył wyjaśnienia wskazując, że błąd w załączonym formularzu został spowodowany przesunięciem wartości w każdej z kolumn od poz. 4 do 24 w wyniku nieumyślnego działania odwołującego przy sporządzaniu kosztorysu i przenoszeniu zawartości kolumn do pliku udostępnionego przez zamawiającego. Na

potwierdzenie wskazanej omyłki odwołujący do wyjaśnień załączył plik xml zawierający arkusz kalkulacyjny.

Zamawiający pismem z dnia 04 grudnia 2020 r. wysłanym do Odwołującego w dniu 07 grudnia 2020 r., zawiadomił o unieważnieniu postępowania wskazując w uzasadnieniu pisma, że złożona przez odwołującego oferta została odrzucona.

II. Uzasadnienie zarzutów naruszenia ustawy Pzp

W ocenie odwołującego zamawiający dokonując odrzucenia oferty odwołującego i unieważniając postępowanie rażąco naruszył przepisy ustawy Pzp. Stanowisko zamawiającego nie znajduje podstaw prawnych i faktycznych. Odwołujący nie złożył oferty niezgodnej z SIWZ, nieprawidłowa jest ocena oświadczenia woli odwołującego przez zamawiającego polegająca na uznaniu, że odwołujący złożył dwie oferty w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący złożył jedną ofertę, chociaż przez omyłkę, którą należy traktować jako inną omyłkę w znaczeniu określonym przez art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, odwołujący błędnie sporządził dokument kosztorysu ofertowego. Wskazał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO 75/18 i KIO 1062/20) stwierdzając, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawca złożył jedną ofertę, na jednym formularzu ofertowym do którego w jednym egzemplarzu załączył wymagane przez zamawiającego dokumenty w tym przedmiotowy kosztorys ofertowy. Dla złożenia dwóch ofert co do zasady należałoby oczekiwać złożenia dwóch formularzy cenowych i dalszych wymaganych postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentów. Dopiero w takiej sytuacji można byłoby uznać, że jeden wykonawca złożył dwie oferty w jednym postępowaniu.

Podstawę odrzucenia oferty odwołującego stanowił art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 82 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Łączna interpretacja przytoczonych przepisów wskazuje, że o ile zamawiający nie dopuścił składania w postępowaniu ofert wariantowych, wykonawcę obowiązuje zakaz składania więcej niż jednej oferty. Oferta złożona przez wykonawcę nie była ofertą wariantową, nie stanowiła też kilku ofert. Fakt, że w wierszu poz. nr 3 Załącznika nr 2 kosztorys ofertowy widniały dwie kwoty będące wynikiem omyłki, jednakże treść oświadczenia woli odwołującego jest jasna i zaoferował on usługi na które składają się poszczególne czynności zgodnie z opisem prac wskazanym przez zamawiającego w kosztorysie ofertowym. Nie ma podstaw, by ofertę odwołującego interpretować w sposób odmienny, w szczególności by traktować ją jako kilka ofert. Zamawiający dokonał takiej interpretacji subiektywnie, pomijając inne dokumenty złożone przez wykonawcę w niniejszym postępowaniu, a w szczególności jeden formularz ofertowy, stanowiący jedną i zarazem jedyną ofertę odwołującego w przedmiotowym postępowaniu w którym cena ofertowa jest tożsama z ceną łączną wskazaną w kosztorysie ofertowym. Błędne jest założenie zamawiającego, polegające na przyjęciu, że złożona przez wykonawcę oferta jest ofertą wariantową. Oferta wariantowa została zdefiniowana przez ustawodawcę w art. 2 pkt 7 ustawy Pzp, który wskazuje, że jest to oferta przewidująca, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Oferta wariantowa, zgodnie z doktryną i orzecznictwem, to oferta, w której wykonawca przedstawia różne sposoby wykonania zamówienia, z których co najmniej jeden jest odmienny niż określony przez zamawiającego, np. poprzez użycie odmiennych (równoważnych) materiałów, czy zastosowania innej technologii. Wskazał na wyroki KIO: 514/11 i 395/08. Także na orzecznictwo podając, że: (...) Definiując pojęcie oferty wariantowej ustawodawca wskazuje jeden element przedmiotowo istotny (essentialia negotii), który różni taką ofertę od innych, jest nim możliwość przedstawienia odmiennego sposobu wykonania zamówienia, tj. innej niż przyjęta przez zamawiającego koncepcji uzyskania tego samego efektu, przy czym ów sposób czy koncepcję należy łączyć z rozwiązaniami natury technicznej. Chodzi o sposób wykonania zamówienia, a więc sposób spełnienia świadczenia i o nic ponadto. Niedopuszczalne jest przyjmowanie powszechnego rozumienia pojęcia wariantowości, czyli podawania w wątpliwość lub więcej rozwiązań do wyboru przez zamawiającego".

Odwołujący w kosztorysie ofertowym wskazał wszystkie czynności składające się na oferowaną usługę zgodnie z opisem prac przyjętym przez zamawiającego. Odwołujący nie przedstawił odmiennego niż określony przez zamawiającego sposobu wykonania zamówienia. W związku z powyższym nie można mówić o złożeniu przez odwołującego oferty wariantowej.

Odwołujący kwestionuje również odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych jako nie odpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zgodnie z postanowieniami SIWZ podał w kosztorysie ofertowym ceny jednostkowe za poszczególne pozycje, prace. Wykonawca nie podał dwóch cen jednostkowych za wykonanie prac w pozycji 3 dla WPOD>63.

Wskazane w pozycji 3 dwie wartości powstały w kosztorysie ofertowym omyłkowo i były działaniem nieświadomym wykonawcy, wynikającym z przyczyn technicznych tkwiących w samym pliku kosztorysu ofertowego udostępnionego przez zamawiającego w formacie doc. i dokonanego przez wykonawcę kopiowania komórek z pliku arkusza kalkulacyjnego w formacie xls. Wskazaną omyłkę wykonawca wyjaśnił w odpowiedzi z dnia 30 listopada 2020 r. Błąd w formularzu ofertowym powstał w wyniku przesunięcia wartości wierszy w kolumnach cena jednostkowa netto PLN, wartość całkowita netto PLN oraz wartość VAT w PLN i Wartość całkowita brutto w PLN w pozycjach od 4 do 24. Wykonawca do wyjaśnień załączył m.in. Plik „kosztorys ofertowy elektroniczny głogów 2021 pakiet Konsorcjum v1” w formacie excel przy pomocy którego zamawiający mógł zweryfikować, że przyczyna techniczna wskazywana przez odwołującego dotyczyła udostępnionego przez zamawiającego kosztorysu ofertowego w postaci pliku elektronicznego w formacie doc. Zamawiający mógł na podstawie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień potwierdzić, wskazaną omyłkę oraz fakt niezamierzonego działania przez wykonawcę dokonując przeniesienia wartości poszczególnych kolumn z pliku excel do pliku doc, który dokonuje automatycznego przesunięcia wskazanych wierszy i sporządzenia kosztorysu w formie złożonej przez odwołującego. Zamawiający dokonał nieprawidłowych ustaleń twierdząc, że omyłki powyższej nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dokonanie przez zamawiającego poprawienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest uzależnione od następujących okoliczności: (1) stwierdzenia niezgodności treści oferty wykonawcy w stosunku do treści SIWZ, (2) stwierdzenia, że niezgodność stanowi omyłkę - a zatem jest niezamierzona przez wykonawcę, oraz tego, aby (3) omyłka nie powodowała istotnych zmian w treści oferty. W związku z powyższym aby zamawiający mógł skorzystać z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp konieczne jest ustalenie, czy istotnie w danym stanie faktycznym mamy do czynienia z omyłką, czy też zidentyfikowana sprzeczność wynika z celowego, zamierzonego działania wykonawcy. W wyniku dokonanych przez zamawiającego wyjaśnień zostało ustalone, że powstała omyłka nie była zamierzonym działaniem odwołującego. Fakt ten jak wskazano powyżej zamawiający mógł również potwierdzić na podstawie załączonego do wyjaśnień pliku z kosztorysem elektronicznym, co zostało już wcześniej wskazane przez odwołującego. Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 29 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII GA 429/09), wskazał, że „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.". Pomocna w powyższym zakresie jest możliwość wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. i ustawy Pzp. Przepis powyższy stanowi, iż w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert (tak w wyroku KIO 959/09: „Zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. jak najbardziej 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." W związku z powyższym zamawiający mógł i powinien uwzględnić wyjaśnienia uzyskane od odwołującego.

Ostatnią okolicznością podlegającą ocenie i mającą wpływ na zastosowanie lub nie przez zamawiającego procedury poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ jest jej istotność, a więc jeżeli omyłki zawarte w ofercie mają charakter istotny, to zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jeśli natomiast omyłki nie powodują istotnych zmian treści oferty to zamawiający jest zobligowany do dokonania ich poprawek, o czym zawiadamia wykonawcę. Omyłka odwołującego polegająca na przesunięciu pozycji kosztorysu nie miała charakteru istotnego, ponieważ gdyby uwzględnić i poprawić omyłki w kosztorysie dział I Hodowla lasu, to cena łączna zarówno netto jak i brutto, którą zaoferował wykonawca nie uległaby zmianie. Mając na uwadze złożoność kosztorysów, a szerzej oferty, która w pozostałym zakresie była prawidłowa, należy stwierdzić, że nie mamy tutaj do czynienia z istotnymi niezgodnościami z treścią SIWZ, które dawałyby podstawę do odrzucenia oferty odwołującego przez Zamawiającego, bez zastosowania trybu poprawiania omyłek. Skoro w wyniku wyjaśnienia nie uległaby zmianie wartość oferty to nie stanowiłoby to negocjacji w sprawie zamówienia oraz również nie stanowiłoby zmiany treści oferty. Reasumując stwierdził, że „Wszystkie okoliczności określone na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zostały w niniejszej sprawie spełnione, a mimo to zamawiający nie poprawił oferty odwołującego i dokonał jej odrzucenia. W związku z powyższym, wskazane odrzucenie oferty wykonawcy stanowiło bezpodstawne unieważnienie postępowania na Pakiet II na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonane mimo złożenia przez wykonawcę oferta nie podlegającej odrzuceniu”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 7.01.21 r.) wniósł o jego oddalenie, a także o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego. W szczególności wskazał na następujące okoliczności:

A. w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 Pzp

(...)

5. Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym, jakoby w związku z oceną oferty Odwołującego doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 82 ust. 1 Pzp z uwagi na błędne przyjęcie, że Odwołujący złożył ofertę wariantową oraz zaoferował dwie różne ceny i złożył dwie oferty w jednym postępowaniu.

6. W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 82 ust. 1 Pzp z powodu przyjęcia, że Odwołujący złożył ofertę wariantową. W zawiadomieniu o unieważnieniu Postępowania, w którym Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty, Zamawiający nie wskazał, że jego oferta podlega odrzuceniu, gdyż jest ofertą wariantową, gdyż Zamawiający, odwołując się do art. 82 ust 1 Pzp i art. 83 ust. 1 Pzp, podał jedynie, że nie dopuścił składania ofert wariantowych (rozdział 19 SIWZ) i w związku z tym Odwołującego obowiązywał zakaz złożenia w Postępowaniu więcej niż jednej oferty. Dowód: Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego (w aktach Postępowania)

7. Zgodnie z art. 82 ust. 1 Pzp wykonawca może złożyć jedną ofertę, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 83 ust 1 zdanie drugie Pzp. Z kolei zgodnie z art. 83 ust. 1 zdanie drugie Pzp ofertę wariantową wykonawca składa łącznie z ofertą, o której mowa w art. 82 ust. 1 Pzp, jeżeli Zamawiający tego wymaga. Łączna interpretacja wyżej przywołanych przepisów wskazuje, że w sytuacji, gdy Zamawiający nie dopuścił składania w postępowaniu ofert wariantowych, wykonawcę obowiązuje zakaz złożenia więcej niż jednej oferty.

8. W przedłożonym Kosztorysie Ofertowym (sporządzonym wg załącznika nr 2 do SIWZ) w poz. 3 działu Hodowla Lasu zostały podane dwie ceny tj.: (...)

9. Z powyższego wynika, że Odwołujący zaoferował za wykonanie tej samej czynności tj. czynności wskazanej w poz. 3 działu I Hodowla Lasu – Kosztorysu Ofertowego dwie różne ceny, co jest tożsame z sytuacją złożenia dwóch ofert w tym samym postępowaniu. W zależności od tego, którą cenę Zamawiający uznałby za prawidłową otrzymałby inną cenę oferty. W związku z powyższym składając ofertę w Postępowaniu Odwołujący naruszył art. 82 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym mógł złożyć w Postępowaniu tylko jedną ofertę. Z kolei oferta niezgodna z ustawą podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

10. Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym, że treść złożonego oświadczenia woli w/w zakresie jest jasna i nie ma podstaw, aby interpretować ją w sposób odmienny, w szczególności by traktować ją jako kilka ofert.

11. Fakt, iż Odwołujący nie złożył dwóch oddzielnych formularzy Oferty, jak również nie złożył dwóch oddzielnych Kosztorysów Ofertowych nie oznacza od razu, że w świetle przepisów PZP Odwołujący złożył jedną ofertę. Poza tym na podstawie przedłożonego przez Odwołującego Kosztorysu Ofertowego nie można ustalić, że zawiera cenę taką, jak wskazana w formularzu Oferty. Aby można było to stwierdzić należy najpierw dokonać poprawy przedłożonego przez Odwołującego Kosztorysu Ofertowego, co w ocenie Zamawiającego, jak zostało to wyjaśnione w dalszej części niniejszej odpowiedzi na odwołanie, jest niedopuszczalne na podstawie przepisów PZP, a w szczególności art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP.

12. Pojęcie oferty nie zostało zdefiniowane w PZP oraz na przepisy kodeksu cywilnego oraz na orzecznictwo.

13. Kosztorys Ofertowy jest częścią Oferty. Zamawiający w pkt 11.5. lit a) SIWZ wprost wskazał, że wykonawca zobowiązany był złożyć Ofertę zawierającą formularz Oferty (sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ) wraz z Kosztorysem Ofertowym (sporządzonym wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ), sporządzone pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Kosztorys Ofertowy zawiera informacje dotyczące ceny za realizację zamówienia oraz cen jednostkowych za poszczególne pozycje (prace) wchodzące w skład Pakietu, na który wykonawca składa ofertę. Zaznaczył, że Kosztorys Ofertowy (załącznik nr 2 do SIWZ) ma decydujące znaczenie przy ustalaniu ceny oferty, a ustalona na jego podstawie cena jedynie jest tylko przenoszona do formularza Oferty (załącznik nr 1 do SIWZ). Poza tym na podstawie cen zaoferowanych za poszczególne pozycje (prace) tworzące dany Pakiet Zamawiający w trakcie realizacji zamówienia rozlicza się z Wykonawcą. Dowód: SIWZ (w aktach Postępowania)

14. Kosztorys Ofertowy stanowi, element oferty sensu stricto, gdyż zawiera informacje będące istotnym elementem oświadczenia woli wykonawcy. Tym samym złożenie w tym Kosztorysie Ofertowym dwóch sprzecznych oświadczeń woli w zakresie wyceny czynności wskazanych w poz. 3 Działu I Hodowla Lasu Kosztorysu Ofertowego tj. podanie dwóch różnych cen należy potraktować jako złożenie dwóch ofert przez Odwołującego w Postępowaniu. Wskazał na wyrok KIO 1634/12.

15. Wskazując na wyrok KIO 853/08 i doktrynę stwierdził, że Zamawiający nie ma instrumentów prawnych pozwalających na wybranie tylko jednej propozycji i odrzucenie pozostałych. Taka czynność byłaby też sprzeczna z zasadą uczciwej konkurencji. Odrzucenie takiej oferty następuje na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż oferta wielowariantowa jest niewątpliwie niezgodna z art. 82 ust. 1 Pzp.

16. Wskazane okoliczności, potwierdzają zdaniem Zamawiającego prawidłowość decyzji w przedmiocie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 82 ust. 1 Pzp oraz

unieważnienia Postępowania.

B. w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp

17. Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym, jakoby w związku z oceną oferty Odwołującego doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na odrzucenie oferty wykonawcy, podczas gdy nie podlegała ona odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ oraz naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp z uwagi na zaniechanie i niepoprawienie omyłki w Kosztorysie Ofertowym Odwołującego.

18. Kosztorys Ofertowy (sporządzony wg załącznika nr 2 do SIWZ) stanowi treść oferty i odgrywa istotną rolę przy ustalaniu ceny oferty. Na podstawie bowiem Kosztorysu Ofertowego wykonawca ustala cenę za poszczególne pozycje (prace) wchodzące w skład Pakietu, na który składa Ofertę, a łączna cena za wszystkie pozycje (prace) przewidziane w Kosztorysie Ofertowym przenoszona jest do formularza Oferty (załącznik nr 1 do SIWZ). Cena brutto podawana przez wykonawcę w pkt 1 formularza Oferty zgodnie z oświadczeniem zawartym w pkt 2 tego formularza wynika z załączonego Kosztorysu Ofertowego i stanowi sumę wartości całkowitych brutto za poszczególne pozycje (prace) tworzące ten Pakiet. Ponadto Kosztorys Ofertowy jako część oferty, staje się częścią umowy, mającą zasadnicze znaczenie dla ustalenia ostatecznej wysokości wynagrodzenia. Zgodnie bowiem z § 10 ust. 3 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 12 do SIWZ „Wynagrodzenie należne Wykonawcy za wykonanie prac stanowiących przedmiot Zleceń obliczane będzie na podstawie ilości odebranych prac, według cen jednostkowych podanych w Kosztorysie Ofertowym zawartym w Ofercie.” Z kolei zgodnie z § 11 ust. 2 w/w wzoru umowy „Wynagrodzenie stanowić będzie iloczyn wskazanych w Kosztorysie Ofertowym zawartym w Ofercie cen jednostkowych za poszczególne prace oraz ilości wykonywanych prac”.

19. Tymczasem w przedłożonym przez Odwołującego Kosztorysie Ofertowym w poz. 3 Działu I Hodowla Lasu zostały podane dwie różne ceny. Mając dwie różne ceny za wykonanie tej samej pracy Zamawiający nie tylko nie mógł ustalić, jaka jest cena oferty za wykonanie Pakietu, na który składa ofertę, ale także w trakcie realizacji umowy nie będzie mógł się rozliczyć z wykonawcą za prace zawarte w poz. 3 Działu I Hodowla Lasu, gdyż nie będzie wiedział, którą cenę powinien przysyłać. Odwołujący składając w/w Kosztorys Ofertowy nie dostosował się więc do wymogów Zamawiającego zawartych w SIWZ w odniesieniu do sposobu obliczania ceny oferty oraz sposobu przygotowania oferty.

20. Obowiązkiem Zamawiającego było ustalenie, czy wyżej stwierdzone niezgodności w Kosztorysie Ofertowym Odwołującego stanowią podstawę do odrzucenia jego oferty z postępowania w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp. 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. Oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która nie odpowiada wymogom merytorycznym określonym przez Zamawiającego w SIWZ. Wskazał na wyrok KIO 2478/13.

21. Zamawiający nie może odrzucić oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ, ale oferta ta może być poprawiona, a wprowadzone w ten sposób zmiany nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp ma obowiązek poprawić w ofercie wykonawcy inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. W świetle powyższego przepisu Zamawiający w celu wyeliminowania niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia może ingerować w treść oferty, o ile poprawienie omyłek nie wywoła skutku w postaci jej istotnej zmiany. Poprawienie omyłek nie może bowiem prowadzić do konieczności znaczącej ingerencji ze strony Zamawiającego w treść oferty. W celu oceny kwestii, czy dana omyłka ma charakter istotny należy ustalić przede wszystkim, jakie konsekwencje będzie miało poprawienie danej oferty. Poza tym omyłki te winny mieć taki charakter, aby Zamawiający mógł dokonać czynności poprawy samodzielnie, bez ingerencji wykonawcy.

22. Zamawiający przed podjęciem ostatecznej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego zwrócił się do niego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie w zakresie zaoferowanych przez niego dwóch różnych cen w poz. 3 Działu I Hodowla Lasu Kosztorysu Ofertowego. Dowód: wezwanie skierowane przez Zamawiającego do Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie treści oferty (w aktach Postępowania)

23. Wprawdzie z wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wynika, iż stwierdzone przez Zamawiającego nieprawidłowości w zakresie podanych przez niego w poz. 3 Działu I Hodowla Lasu Kosztorysu Ofertowego dwóch cen było działaniem niezamierzonym Odwołującego, wynikającym z przyczyn technicznych, to jednak nie można potraktować ich jako omyłek, które mogą zostać poprawione przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

24. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że „w trakcie przyklejania zawartości dla działu Hodowla Lasu, nie zauważono, że w pozycji 3 dla WPOD>63 wkraść się błąd pisarski. Błąd polegał na wklejeniu dwóch pozycji w wartość jednej pozycji oraz przesunięcie wszystkich wartości o jedną pozycję. Błąd spowodował przesunięcie wartości kolumny Cena jednostkowa netto w PLN, Wartość całkowita netto w PLN, Wartość VAT w PLN i Wartość całkowita brutto w PLN w pozycjach od 4 do 24”. Zgodnie z wyjaśnieniami udzielonymi przez Odwołującego oraz dołączonych do nich kosztorysów wynika, że Zamawiający powinien dokonać poprawy Kosztorysu Oferty w taki sposób, że jedną z cen wskazanych w poz. 3 Działu I Hodowla Lasu Kosztorysu Ofertowego tj. cenę jednostkową netto w PLN – 1400 zł, wartość całkowitą netto w PLN – 48589,50, wartość VAT w PLN – 3887,16 oraz wartość całkowitą brutto w PLN powinien był przenieść do poz. 4 Kosztorysu Ofertowego, z kolei wartości z poz. 4 do poz. 5, a z poz. 5 do poz. 6 i tak aż do poz. 24.

25. Zauważył, że przenosząc wartości z poz. 23 do 24 w sposób wskazany przez Odwołującego Zamawiający musiałby usunąć również zawarte w jego Kosztorysie Ofertowym wartości wskazane w poz. 24, gdyż nie ma w Dziale I Hodowla Lasu Kosztorysu Ofertowego poz. 25, do której Zamawiający mógłby je przenieść z poz. 24 tj. cena jednostkowa netto w PLN (21,00), wartość całkowita netto w PLN (630), wartość VAT w PLN (50,40) i wartość całkowita brutto w PLN (680). Dane te zostały usunięte przez Odwołującego w poprawionym przez niego Kosztorysie Ofertowym. Wskazał, że w Kosztorysie Ofertowym: w poz. 23 wskazano na cenę jednostkową 940 zł, a powinno być 750 zł, a w poz. 24 wskazano na cenę jednostkową 21 zł, a powinno być 940 zł. Dowód: wyjaśnienia Odwołującego z dnia 30 listopada 2020 r. złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp (w aktach Postępowania).

26. Zamawiający nie może podanych w poz. 24 Kosztorysu Ofertowego w/w danych swobodnie usunąć i poprawić ofer w sposób wskazanych przez Odwołującego, gdyż będzie, to zbyt duża ingerencja w treść oferty Wykonawcy. Poza tym takie działanie Zamawiającego mogłoby zostać potraktowane jako niedozwolone negocjacje z Odwołującym, który prowadzenia

w sposób kategoryczny zakazuje przepis art. 87 ust. 1 Pzp.

27. Zdaniem Zamawiającego (jak wskazywał), z oświadczenia złożonego przez Wykonawcę w poz. 3 Działu I Hodowla Lasu Kosztorysu Ofertowego jednoznacznie wynika, że zostały podane dwie ceny. Z kolei wyjaśnienia Odwołującego złożone na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp utwierdziły tylko Zamawiającego w przekonaniu, że nie może dokonać poprawy nieprawidłowości stwierdzonych w poz. 3 Kosztorysu Ofertowego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający nie byłby bowiem w stanie samodzielnie, bez informacji uzyskanych przez Odwołującego ustalić, w jaki sposób powinno nastąpić poprawienie wskazanej w poz. 3 Kosztorysu Ofertowego nieprawidłowości. Powołał wyrok KIO 2000/20 cytując, że „aby dokonać poprawienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Zamawiający

musi mieć wiedzę, w jaki sposób omyłkę poprawić, a wiedza ta musi wynikać z zapisów SIWZ oraz z treści oferty wykonawcy. Aby dokonać poprawienia innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. istotne jest, aby istniał jeden możliwy – do samodzielnego ustalenia przez Zamawiającego – sposób poprawienia oferty. (...) Wskazał także na wyrok KIO 196/20.

28. Zamawiający mógłby dokonać poprawienia oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp tylko wówczas, gdyby na podstawie informacji zawartych w SIWZ i ofercie mógł samodzielnie dokonać poprawy. Tymczasem w niniejszym przypadku Zamawiający, nie tylko bez ingerencji Odwołującego nie mógł ustalić, jak należy poprawić jego ofertę, ale także że nie mógł usunąć samodzielnie z jej treści wskazanych w poz. 24 Kosztorysu Ofertowego wartości. Zamawiający nie mógł więc w stosunku do oferty Odwołującego zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wskazał na wyrok KIO 1970/19).

29. Zdaniem Zamawiającego opisane okoliczności, potwierdzają prawidłowość decyzji Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz braku dokonania poprawy jego oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i w konsekwencji unieważnienia Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 2 Pzp, dlatego też nie doszło do naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów przez Zamawiającego.

C. w zakresie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp

32. Unieważniając Postępowanie Zamawiający nie naruszył art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

33. W terminie składania ofert wpłynęła w Postępowaniu jedna oferta tj. oferta złożona przez Odwołującego. Z kolei oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 82 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Dowód: Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego (w aktach Postępowania)

34. Jak zostało wskazane wyżej Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 82 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie naruszył wskazanych przez Odwołującego w Odwołaniu przepisów Pzp.

35. W związku z tym, iż w Postępowaniu brak było ofert niepodlegających odrzuceniu Zamawiający zobowiązany był unieważnić Postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W piśmie z dnia 4 grudnia 2020 r. Zamawiający informując o unieważnieniu prowadzonego przetargu m.in. w zakresie Pakietu II podał:

„Na pakiet II złożono 1 ofertę. Nie wykluczono żadnego oferenta.

Zamawiający unieważnia część postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 — nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Złożona oferta została odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 82 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z Pzp, natomiast zgodnie z art. 82 ust. 1 Pzp Wykonawca może złożyć jedną ofertę, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 83 ust. 1 zdanie drugie Pzp (Ofertę wariantową wykonawca składa łącznie z ofertą, o której mowa w art. 82 ust. 1 Pzp, jeżeli zamawiający tego wymaga). Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie dopuścił składania ofert wariantowych i Wykonawcę zgodnie z art. 82 ust. 1 Pzp obowiązywał zakaz składania więcej niż jednej oferty.

Tymczasem z przedłożonego przez Wykonawcę kosztorysu ofertowego wynika, że w pozycji nr 3 zostały podane dwie różne ceny. Oferta zawiera dwie różne ceny za tą samą czynność, co jest tożsame z sytuacją złożenia przez jednego wykonawcę dwóch ofert w tym samym postępowaniu. W zależności od tego, którą cenę uznamy otrzymamy inną cenę ofertową. Zamawiający sam nie może zdecydować, która cen jest prawidłowa. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wykonawca zgodnie z postanowieniami SIWZ miał podać w Kosztorysie ofertowym ceny jednostkowe za poszczególne pozycje (prace) wchodzące w skład Pakietu. Na podstawie wskazanych w Kosztorysie ofertowym cen jednostkowych Zamawiający rozlicza się z Wykonawcą. Wykonawca nie mógł podać dwóch cen za wykonanie prac wskazanych w jednej pozycji, gdy wówczas niemożliwe jest ich rozliczenie. Tymczasem nieprawidłowości tej nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Nieprawidłowości tej nie można poprawić w sposób wskazany przez Wykonawcę w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach.”

Izba rozpoznając w pierwszej kolejności zarzut naruszenia art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp (z uwagi na jego niezastosowanie) uznała, że zarzut ten nie podlega uwzględnieniu.

W stanie faktycznym tej sprawy Zamawiający prawidłowo ustalił, że nie jest możliwe poprawienie Kosztorysu Ofertowego w jego pozycji 3 w Dziale I – Hodowla lasu - na podstawie wskazanego art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp. Z wyjaśnień wykonawcy wynikało bowiem, że wprowadzenie zmian polegających na usunięciu jednej z pozycji (według wskazań wykonawcy) powodowałoby konieczność wprowadzenia także zmian dotyczących cen jednostkowych w pozycjach od 4 do 24 w Dziale I - Hodowla lasu. Zmiany te byłyby istotne, albowiem te zmiany powodowałyby zmiany oferowanych cen jednostkowych, a mianowicie: w części pozycji podwyższenie cen jednostkowych (przykładowo: w pozycji 4 ze 120 zł na 1450 zł, pozycja 7 z 245 zł na 532 zł, czy w pozycji 17 z 345 zł na 1000 zł czy też w pozycji 24 z 21 zł na 940 zł); a w części - ich obniżenie (przykładowo: w pozycji 5 ze 162 zł na 120 zł, pozycja 9 z 515 zł na 460 zł, czy w pozycji 15 z 820 zł na 59 zł czy też w pozycji 23 z 940 zł na 750 zł).

Tak jak ustaliła Izba na rozprawie (w ramach tzw. eksperymentu procesowego wnioskowanego przez wykonawcę) powyższe zmiany mogły być oparte tylko na wskazaniach Odwołującego, co w konsekwencji prowadziłoby do wytworzenia nowego oświadczenia woli wykonawcy co do wartości cen jednostkowych. Te ceny jednostkowe z perspektywy tego zamówienia miały istotne znaczenie, z uwagi na to, że stanowiły podstawę ustalania wynagrodzenia kosztorysowego wykonawcy za zrealizowane prace. Kosztorys ofertowy, tak jak wskazał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, stanowił treść oferty a jako część oferty, miał być częścią umowy, mającą zasadnicze znaczenie dla ustalenia ostatecznej wysokości wynagrodzenia. Zgodnie bowiem z § 10 ust. 3 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 12 do SIWZ: „Wynagrodzenie należne Wykonawcy za wykonanie prac stanowiących przedmiot Zleceń obliczane będzie na podstawie ilości odebranych prac, według cen jednostkowych podanych w Kosztorysie Ofertowym zawartym w Ofercie.”. Z kolei zgodnie z § 11 ust. 2 tego wzoru umowy: „Wynagrodzenie stanowić będzie iloczyn wskazanych w Kosztorysie Ofertowym zawartym w Ofercie cen jednostkowych za poszczególne prace oraz ilości wykonywanych prac”. Także te ceny jednostkowe miały istotne znaczenie z uwagi na przewidziane w tej umowie m.in. Prawo opcji, albowiem w myśl § 1 ust. 12: „Podstawą określenia wartości prac zleconych w ramach Opcji (w celu określenia jej zakresu) będą ceny jednostkowe poszczególnych prac zawarte w kosztorysie ofertowym stanowiącym część Oferty”.

Reasumując Izba stwierdza, że nieprawidłowości w zakresie podanym przez Odwołującego w poz. 3 Działu I Hodowla Lasu Kosztorysu Ofertowego dwóch cen (jednostkowych i następczo łącznych) mogły wynikać z przyczyn technicznych i być działaniem niezamierzonym wykonawcy, jednakże nie można potraktować ich jako omyłek, które mogły zostać poprawione przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp z uwagi na rozmiar skutków jakie

powodowały dla całości Kosztorysu Ofertowego, w szczególności w Dziale I oraz brak możliwości ich poprawienia bez ingerencji wykonawcy. Treść oferty tego wykonawcy niewątpliwie nie zawierała żadnej wskazówki, co do ustalenia odmiennej treści deklaracji wykonawcy, niż wynikająca z brzmienia oświadczenia w pozycji 3 Kosztorysu. W tym stanie faktycznym tylko wyjaśnienie wykonawcy stanowiło źródło wiedzy, co do nieświadomego charakteru omyłki i metodologii jej poprawienia i co do każdej pozycji od 4 do 24, co nie mogło być uzasadnieniem (w stanie faktycznym tej sprawy) dla zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba nie zgodziła się z Odwołującym, że opracowany przez Zamawiającego Formularz Kosztorysu zawierał wadę, która powodowała negatywne konsekwencje dla wykonawcy nie pozwalając mu wypełnić dokumentu zgodnie z jego intencjami. Izba zwraca uwagę, że Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 30 listopada 2020 r. m.in. podał: „*W celu ułatwienia przygotowania oferty przygotowano kosztorys w postaci pliku arkusza kalkulacyjnego. Arkusz kalkulacyjny zawierał formuły, które umożliwiały obliczenie wartości oferty oraz uzupełnienie formularza kosztorysu ofertowego w formie dokumentu tekstowego, udostępnionego przez Zamawiającego. W trakcie przyklejania zawartości dla działu Hodowla lasu, nie zauważono, iż od pozycji 3 dla WPOD»63 wkradł się błąd pisarski. Błąd polegał na wklejeniu wartości dwóch pozycji w wartość jednej pozycji oraz przesunięcie wszystkich wartości o jedną pozycję. Błąd spowodował przesunięcie wartości kolumny Cena jednostkowa netto w PLN, Wartość całkowita netto w PLN, Wartość VAT w PLN i Wartość całkowita brutto w PLN w pozycjach od 4 do 24*”. Do tych wyjaśnień dołączył w Excelu tabelę zaznaczając, że „*Poniższa tabela zawiera zestawienie przedstawionych w kosztorysie ofertowym pozycji oraz prawidłowych wartości*”.

Wykonawca zatem nie powoływał się na automatyczne generowanie wartości przez Formularz Kosztorysu, ale na błędy w przeklepaniu z dokumentu wykonawcy. Izba na marginesie zauważa, że te zmiany spowodowały także zmiany w Dziale I łącznego wynagrodzenia: z netto 342 094,51 zł na 305 022,60 zł, a w przypadku wartości brutto: z 369 462,07 na 329 424,41 zł. Z tabeli załączonej do wyjaśnień (w Excelu) wynika bowiem, że wykonawca wprowadził zmiany do każdej z pozycji co do cen jednostkowych przedstawiając konsekwencje tych zmian co do pozostałych wartości w pozostałych kolumnach. Nie jest zatem prawdziwe twierdzenie wykonawcy, że nie powodowało to zmiany ceny.

Tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z ustaleniami w zakresie zarzutu braku zastosowania art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp nie podlega uwzględnieniu.

Nie podlega także uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 82 ust.1 ustawy Pzp.

W tym stanie faktycznym (jak podkreślał Zamawiający) Kosztorys Ofertowy jest częścią Oferty, albowiem zgodnie z punktem 11.5. lit a) SIWZ: (...) wykonawca zobowiązany był złożyć Ofertę zawierającą formularz Oferty (sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ) wraz z Kosztorysem Ofertowym (sporządzonym wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ), sporządzone pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym”. Kosztorys Ofertowy, jak już wskazywano zawiera informacje dotyczące ceny za realizację zamówienia oraz cen jednostkowych za poszczególne pozycje (prace) wchodzące w skład Pakietu, na który wykonawca składa ofertę. Także w tym punkcie zaznaczono, że Kosztorys Ofertowy (załącznik nr 2 do SIWZ) ma decydujące znaczenie przy ustalaniu ceny oferty, a ustalona na jego podstawie cena jedynie jest tylko przenoszona do formularza Oferty (załącznik nr 1 do SIWZ). Poza tym na podstawie cen zaoferowanych za poszczególne pozycje (prace) tworzące dany Pakiet Zamawiający w trakcie realizacji zamówienia rozlicza się z Wykonawcą. Tym samym ten Kosztorys Ofertowy stanowi, element oferty sensu stricto, albowiem zawiera informacje będące istotnym elementem oświadczenia woli wykonawcy. Złożenie w tym Kosztorysie Ofertowym dwóch sprzecznych oświadczeń woli w zakresie wyceny czynności wskazanych w poz. 3 Działu I Hodowla Lasu Kosztorysu Ofertowego (podanie dwóch różnych cen) i brak możliwości zweryfikowania tego przez Zamawiającego za pomocą instrumentów prawnych na gruncie Pzp (brak możliwości zastosowania art. 87 ust. 1 i 3 Pzp pozwalających na wybranie jednej z propozycji, a odrzucenie pozostałych) należało potraktować jako złożenie dwóch ofert przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu. Powyższe ustalenie skutkowało zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 82 ust.1 ustawy Pzp, gdyż oferta z uwagi na ustalenia w zakresie pozycji 3 Kosztorysu zawierała dwie różne ceny za tę samą czynność, co jest tożsame z sytuacją złożenia przez jednego wykonawcę w tym samym postępowaniu dwóch ofert.

Wobec powyższych ustaleń nie podlega także uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, albowiem w zakresie Pakietu II złożono jedną ofertę, która na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z jej art. 82 ust. 1 oraz na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp została odrzucona.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).

.....