Sygn. akt: KIO 371/20

Wyrok

z dnia 6 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 5 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: G. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych J. G., Z. P., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych Z. P., Pruskie 33, 86-150 Osie oraz M. N., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych DRWAL N. M., Zdroje 62, 89-505 Małe Gacno

w postępowaniu prowadzonym przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Złotów.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego w Pakiecie nr 1 oraz nakazuje ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego, co do której nakazuje poprawienie omyłki w kosztorysie ofertowym

w Dziale I - hodowla lasu w poz. 9 i 10, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp;

2. kosztami postępowania obciąża Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Złotów i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców G. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych J. G., Z. P., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych Z. P., M. N., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych DRWAL N. M. tytułem wpisu od odwołania;

2.1. zasądza od zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Złotów na rzecz wykonawców G. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych J. G., Z. P., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych Z. P., M. N., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych DRWAL N. M. kwotę 19 321 zł 16 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta dwadzieścia jeden złotych szesnaście groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (15 000 zł), wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600 zł) i kosztów dojazdu na posiedzenie (721,16 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt 371/20

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Złotów J.P. Lenne 1, 77-400 Złotów prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę, której przedmiotem jest „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Złotów w roku 2020. ” - Pakiet 1. Numer ogłoszenia w Dz.U. S: [2019 ]/S 205-499832

Odwołujący - Konsorcjum: Zakład Usług Leśnych P. Z. J. G., Zakład Usług Leśnych DRWAL N. M., wniósł dnia 24 lutego 2020 r. odwołanie od zaniechania przez Zamawiającego wykonania czynności wyjaśnienia treści jego oferty, cofnięcia czynności dokonanej poprawki oczywistej omyłki pisarskiej, wadliwego dokonania poprawki oczywistej omyłki rachunkowej, bezpodstawnego wezwania do wyjaśniania rażąco niskiej ceny - co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty konsorcjum z postępowania w Pakiecie 1, zarzucając mu naruszenie art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 1-2, art. 89 ust 1 pkt. 4, art. 90 ust. 1 art. 90 ust 1a względem czynności Zamawiającego nakazanych przepisami ustawy.

Odwołujący powziął wiadomość będącą podstawą odwołania w dniu 14 lutego 2020 r.

Zarzucił następujące wadliwe czynności Zamawiającego:

1/ badania ofert - poprzez przyjęcie, że oferta odwołującego: nie podlega wyjaśnieniu w pozycji 9, 10 kosztorysu ofertowego, nie podlega poprawce oczywistej omyłki pisarskiej w poz. 9, 10 kosztorysu ofertowego, podlega poprawce omyłki rachunkowej w pozycji 9, 10 kosztorysu ofertowego, podlega badaniu instytucji rażąco niskiej ceny w pozycji 9, 10 kosztorysu ofertowego, podlega odrzuceniu z postępowania,

2/ oceny ofert - poprzez przyjęcie, że oferta odwołującego nie podlega punktacji,

3/ zaniechanie wskazania wyniku postępowania na ofertę odwołującego.

Zamawiający w czynnościach badania i oceny ofert odrzucił ofertę z postępowania oraz nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący uznał, iż badanie i ocena ofert została dokonana z obrazą zapisów ustawy pzp.

Zarzuty Odwołującej dotyczą następujących czynności Zamawiającego:

1. badania ofert — poprzez przyjęcie, że oferta:

a) nie podlega wyjaśnieniu w pozycji 9, 10 kosztorysu ofertowego:

Odwołujący w Kosztorysie w pozycji 9 i 10 /sadzenia/ w kolumnie 7- cena jednostkowa podał omyłkowo ceny jednostkowe za 1 szt. sadzenia - stosownie 55 groszy i 50 groszy, a nie jak stanowiła kolumna 4 - za 1000 szt. sadzeń. W ocenie Odwołującej nie naruszył on przepisów prawa i uważa, że w kosztorysie nie ma żadnego błędu.

Jeżeli wg zamawiającego w kolumnie 7 poz. 9 i 10 winna być podana cena za 1000 sadzeń jako jednostki miary - co nie zostało opisane w sposobie obliczenia ceny oferty w siwz to winien to wyjaśnić na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 — czego zaniechał.

Odnośnie nie podlegania poprawce oczywistej omyłki pisarskiej w poz. 9, 10 kosztorysu ofertowego, stwierdził.

Pismem z dnia 9 grudnia ub.r. Zamawiający dokonał w ofercie poprawki oczywistej omyłki pisarskiej polegającej na tym, że w kolumnie 7 kosztorysu ofertowego wpisał na cenę jednostkową za 1000 sadzeń w pozycji 9 i 10 - stosownie 550 zł i 500 zł.

Odwołująca nie negowała tej czynności, ponieważ ta poprawka nie zmieniała sposobu wyliczenia ceny oferty w tych pozycjach i nie zmieniała wartości całkowitej w tych pozycjach i nie zmieniała ceny końcowej za Pakiet 1 podanej w formularzu ofertowym. W tym miejscu odwołania odwołujący opisał pojęcie omyłki pisarskiej.

Odwołujący wskazał, że ponad 45 dni później, Zamawiający cofnął poprawkę pismem z dnia 24 stycznia br. i wykonał nową czynność — poprawkę rachunkową polegającą na tym, że przeliczył 1000 sadzeń w cenach jednostkowych 0,55 zł i 0,50 zł i skorygował wartość całkowitą pozycji 9 i 10 kosztorysu ofertowego.

Wykonawca nie zgadza się z tą poprawką, gdyż w obliczeniu ceny oferty w tych pozycjach nie ma żadnego błędu rachunkowego;

Poz. 9 Cena jednostkowa 0,55 zł x 1000 sadzeń x 129,03 ilości = 70966,50 zł netto x 1,08 = 76643,82 zł brutto.

Poz. 10 Cena jednostkowa 0,50 zł x 1000 sadzeń x 98,51 ilości = 49255,00 zł netto x 1,08 = 53195,40 zł brutto.

Zatem nie ma w obliczeniach błędu i nic nie podlega poprawce rachunkowej.

Błędna poprawka rachunkowa spowodowana przyjęciem przez Zamawiającego cen jednostkowych 55 groszy i 50 groszy za 1000 sadzeń wywołała w błędnej ocenie Zamawiającego konieczność zastosowania instytucji rażąco niskiej ceny w tych pozycjach.

27 stycznia br. Zamawiający wystąpił do Odwołującego z wezwaniem o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny w pozycjach 9 i 10 źle poprawionego kosztorysu ofertowego.

W formularzu ofertowym cena całkowita wskazanych pozycji przekraczała średnie kwoty za dane usługi, a cena całkowita za Pakiet 1 jest na poziomie 95% środków Zamawiającego, dlatego zastosowanie instytucji rażąco niskiej ceny w tej sytuacji odbyło się z naruszeniem przepisu art. 90 ust. 1a ustawy.

Odwołujący 2 pismami wyjaśniającymi wskazywał na to, że podtrzymuje swoje ceny całkowite w tych pozycjach oraz cenę jednostkową za 1 szt. sadzeń.

Argumentował, że ewentualna omyłka w kosztorysie w tych pozycjach jest do wyjaśnienia lub poprawienia oczywista omyłką pisarską, jak to sam zrobił uprzednio Zamawiający.

Pisał (Odwołujący), że wadliwe czynności Zamawiającego doprowadziły do sztucznego wywołania instytucji rażąco niskiej ceny.

"Wskazywaliśmy szerokie orzecznictwo IZBY w tym zakresie - nic nie pomogło - Zamawiający podtrzymał instytucję rażąco niskiej ceny."

Zamawiający odrzucił ofertę z postępowania na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy.

Odwołujący nie zgadza się z tym stanowiskiem, a odrzucenie oferty jest niezgodne z przepisami prawa i orzecznictwem. Wykonawca nie może ponosić skutków prawnych za zaniechania i błędy zamawiającego.

Odwołujący podkreśla, że oferta jest ważna, winna mieć przyznane punkty oceny i tym samym powinna brać udziału rankingu ofert, zmierzającym do wyłonienia najkorzystniejszej oferty.

Z tych względów Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. powtórzenie czynności badania ofert - w następstwie której nastąpi przywrócenia oferty

do postępowania,

2. powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert) w odniesieniu do oferty odwołującego,

3. wskazanie wyniku postępowania na tę ofertę,

4. równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji

Załączono kopie pism stron opisanych w odwołaniu oraz kopę kosztorysu ofertowego i formularza oferty.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że odwołanie wniesiono od jednego zaniechania (zaniechania czynności wyjaśnienia treści oferty) oraz czterech czynności zamawiającego (cofnięcia czynności dokonanej poprawki oczywistej omyłki pisarskiej, dokonania poprawki oczywistej omyłki rachunkowej, wezwania Odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania w Pakiecie 1).

Zamawiający zwrócił uwagę, że odwołanie obejmuje zarówno zarzut, co do którego Odwołujący dotrzymał ustawowego terminu na złożenie odwołania (w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego), jak również zarzuty, co do których Odwołujący uchybił ustawowemu terminu na złożenie odwołania (pozostałe zarzuty), który w przedmiotowym postępowaniu wynosi 10 dni liczone zgodnie z ustawą pzp.

W konsekwencji, stosując odpowiednio art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP Zamawiający wniósł o pozostawienie bez merytorycznego rozpoznania zarzutów wniesionych po terminie.

Ponadto, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Uzasadniając stanowisko zamawiający wskazał, co następuje.

Jeżeli odwołujący, który został zawiadomiony w dniu 24 stycznia 2020 r. o nowej czynności

w zakresie poprawienia omyłki rachunkowej i uchyleniu czynności przedniej uznał, że owe czynności były wadliwe, a pozycje w kosztorysie powinny podlegać wyjaśnieniu (co wynika z treści odwołania, gdzie Odwołujący twierdzi, że gdyby Zamawiający wyjaśnił treść oferty w tym zakresie „to nie zabrnąłby w ślepy zaułek poprawek rachunkowych i w konsekwencji uruchamiania instytucji rażąco niskiej ceny? — str. 3 odwołania), to termin początkowy na wniesienie odwołania w tym zakresie wyznacza data dokonania ostatniej poprawy treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Zatem termin na wniesienie odwołania w tym zakresie upłynął w dniu 3 lutego 2020 r., o ile można uznać, że Odwołujący może złożyć odwołanie na zaniechanie czynności, której dokonanie nie jest obligatoryjne dla Zamawiającego. Zamawiający uznał, że odwołanie w takim zakresie jest niedopuszczalne. Odnośnie zarzutu cofnięcia czynności dokonanej poprawki oczywistej omyłki pisarskiej i

wadliwego dokonania czynności poprawki oczywistej omyłki rachunkowej, które to czynności zostały dokonane dnia 24 stycznia 2020 r. zamawiający wskazał, że odwołujący ustosunkował się do nich w piśmie z dnia 30 stycznia 2020 r. twierdząc, że: „(...) poprawienie

Naszej oczywistej omyłki pisarskiej jako omyłki rachunkowej pokazanej kolejnym pismem Zamawiającego uznajemy za wadliwe prawnie (...)". Mimo takiej oceny odwołujący nie zdecydował się na wniesienie odwołania, którego termin w tym upłynął dnia 3 lutego 2020 r.

Zamawiający zaznaczył, że nawet rozpatrując merytorycznie zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Po pierwotnie błędnym zakwalifikowaniu sytuacji z pozycji 9 i 10 kosztorysu jako oczywistej omyłki pisarskiej polegającej na niezgodności wyniku iloczynu „ilość czynności" x „cena jednostkowa", co uznał odwołujący i potwierdza orzecznictwo, zamawiający uznał, że w kosztorysie występuje oczywista omyłka rachunkowa.

Zamawiający zdecydował się zatem pierwotnie (zawiadomienie z dnia 9 grudnia 2019 r.) na poprawienie przyjętej przez Odwołującego ceny jednostkowej na cenę jednostkową w wysokości, która wynikała z podzielenia sumy końcowej w danej pozycji przez ilość jednostek. W ten sposób iloczyn ilości czynności oraz ceny jednostkowej odpowiadał sumie końcowej w danej pozycji kosztorysu. Po bardziej dogłębnej analizie Zamawiający doszedł do wniosku, że powyższe działanie było wadliwe, ponieważ omyłka nie była oczywistą omyłką pisarską.

Stojąc na gruncie legalności prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający uznając, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą

pismem z dnia 24 stycznia 2020 r. dokonał unieważnienia decyzji z dnia 9 grudnia 2019 r. o dokonaniu poprawy oczywistych omyłek pisarskich oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP i dokonaniu powtórzenia czynności poprawy omyłek (tych samych), jako oczywistych omyłek rachunkowych. Uznał, że Wykonawca niewłaściwie przeprowadził działania arytmetyczne, polegające na iloczynie ilości czynności oraz cen jednostkowych. Taka kwalifikacja nie powinna budzić żadnych zastrzeżeń, ponieważ możliwość poprawienia

błędu w tym zakresie jest jasna i oczywista i nie budzi jakichkolwiek wątpliwości, a także wynika z danych zawartych w samej ofercie, bez konieczności jej uzupełniania przez wykonawcę. O dokonanej czynności Zamawiający zawiadomił Odwołującego zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 in fine ustawy Pzp.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie jest konsekwentny w swoim rozumowaniu. W odwołaniu twierdzi, że w jego kosztorysie ofertowym nie ma błędu, ponieważ prawidłowo podał w poz. 9 i 10 kosztorysu ceny jednostkowe za jedną sztukę. Następnie jednak uznaje, że w jego kosztorysie ofertowym są omyłki pisarskie, ponieważ podano w nim ceny jednostkowe „za 1 szt. a nie za 1000 szt.". Następnie na str. 5 odwołania wskazuje, że w zasadzie „w obliczeniu ceny Naszej oferty w tych pozycjach nie ma żadnego błędu rachunkowego", po czym wykazuje, że podane przez niego ceny jednostkowe za sztukę należy przemnożyć przez 1000 sadzeń.

Zamawiający zauważa, że z samego kosztorysu ofertowego wynika, że w danych pozycjach cena jednostkowa dotyczy jednostki równej tysiąca sztuk (czwarta kolumna kosztorysu ofertowego, czyli pozycja „Jedn." wskazuje TSZT. Odwołujący nie może twierdzić, że nie wiedział o tym, że należy podać cenę za 1000 sztuk, o czym świadczy chociażby fakt, że w innych pozycjach kosztorysu ofertowego (poz. 5 „Zdarcie pokrywy na talerzach 40 cm x 40 cm" w dziale I) podał cenę jednostkową za tysiąc sztuk w sposób prawidłowy.

Przyjmując zatem, że Odwołujący w sposób świadomy podał cenę jednostkową za tysiąc sztuk w wysokości 0,55 zł w pozycji 9 działu I kosztorysu ofertowego oraz 0,50 zł w pozycji 10 działu I kosztorysu ofertowego, wskazana w tych pozycjach wartość całkowita nie zgadzała się z wynikiem iloczynu ilości czynności oraz ceny jednostkowej. Jest to oczywista omyłka rachunkowa, którą poprawił w sposób prawidłowy Zamawiający.

Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w dniu 27 stycznia 2020 r. Odwołujący udzielił wyjaśnień dnia 30 stycznia 2020 r. Kolejne wezwanie skierowano w dniu 3 lutego 2020 r. Odwołujący udzielił kolejnych wyjaśnień pismem z dnia 5 lutego 2020 r. Uznając obie czynności za wadliwe, Odwołujący mógł wnieść odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej zarówno w terminie do 6 lutego br., jak i w terminie do 13 lutego br. Zatem zarzut zgłoszony w odwołaniu należy uznać za spóźniony.

Jednocześnie Zamawiający zauważa, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy PZP miał podstawy do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Przepis wskazuje, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień (...). Wezwanie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy PZP stanowi nie tylko uprawnienie Zamawiającego, lecz również jego obowiązek, ponieważ tylko pełne wyjaśnienie czynników cenotwórczych lub kosztotwórczych może kreować domniemanie, że wybrana oferta gwarantuje należyte wykonanie zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu, który jedyny, w ocenie Zamawiającego, został zgłoszony w ustawowym terminie, tzn. do niewłaściwego, zdaniem Odwołującego, odrzucenia jego oferty ze względu na rażąco niską cenę zamawiający w pierwszej kolejności wskazał na pojęcie rażąco niskiej ceny dotyczące także istotnych elementów zamówienia o takiej cenie ze skutkiem prawnym w postaci odrzucenia ofert z ceną rażąco niską.

Zamawiający uznał, że stawki przedstawione w dziale I w poz. 9 i 10 kosztorysu ofertowego Odwołującego sprawiają wrażenie rażąco niskich i w konsekwencji dwukrotnie (pismami z dnia 27 stycznia 2020 r. oraz dnia 3 lutego 2020 r.) zażądał od Odwołującego stosownych wyjaśnień w tym zakresie wskazując, że podana stawka jednostkowa na sadzenie jednolatek i wielolatek w jamkę w poprawkach i uzupełnieniach (0,55 zł/netto za 1000 szt.),

sadzenie wielolatek w jamkę (0,55 zł/netto za 1000 szt.), sadzenie jednolatek i wielolatek sadzarką (0,50 zł/netto za 1000 szt.) nie jest wystarczająca żeby wykonać ww. czynności. Zamawiający uznając sadzenie za istotną część składową zamówienia służącą odnowieniu lasu stwierdził, że przedstawione przez Odwołującego stawki są rażąco niskie.

Odwołujący dwukrotnie udzielał Zamawiającemu odpowiedzi (pismami z dnia 30 stycznia 2020 r. oraz z dnia 5 lutego 2020 r.), jednak w żadnej z nich nie wytłumaczył, jak zrealizuje przedmiot zamówienia z zastosowaniem wartości podanych w swoim kosztorysie ofertowym. Wskazał jednak, że „nie jest możliwe nasadzenie 1000 sadzonek za 50 czy 55 groszy" (pismo z dnia 30.01.2020, str. 2) oraz że popełnił omyłkę pisarską, która w jego ocenie wadliwie została uznana za omyłkę rachunkową. Wyjaśnienia dodatkowe z dnia 5 lutego 2020 r. nie rozwiały wątpliwości Zamawiającego, ponieważ Odwołujący zasadniczo podtrzymał swoje stanowisko z wcześniejszych wyjaśnień.

W konsekwencji, biorąc pod uwagę całokształt wyjaśnień Odwołującego, a raczej ich brak, nie sposób uznać, że potwierdzają one, iż proponowana cena, uwzględniając jej istotne części składowe, nie jest rażąco niska i gwarantuje należytą realizację zamówienia. Nieudzielenie wymaganych wyjaśnień skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zatem nie można uznać, że doszło do naruszenia prawa w tym zakresie. Zamawiający podkreślił, że prowadził całe postępowanie w trosce i z poszanowaniem przepisów obowiązującego prawa i uznaje zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy PZP za bezpodstawny.

W trakcie rozprawy strony przedstawiły stanowiska.

Odwołujący przypomniał, że nie kwestionował poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej dokonanej 9 grudnia 2019 r. Zauważył, że 13 grudnia 2019 r. został wezwany na podstawie art. 26 ust. 1 pzp do przedstawienia dokumentów, co wskazuje, iż jego oferta została oceniona pozytywnie jako ważna i najkorzystniejsza w rankingu ofert. Dnia 24 stycznia 2020 r. Zamawiający zmienił stanowisko, tj. uznał, że w dwóch pozycjach kosztorysu nastąpiła omyłka rachunkowa, którą poprawił w sposób, na który nie można się zgodzić. W szczególności wniosek o możliwości nasadzenia 1000 sztuk sadzonek za 0,50 zł oraz za 0,55 zł był absurdalny i w konsekwencji doprowadził do nieuzasadnionej procedury uznania ceny oferty za rażąco niską. Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający miał uzasadnione podstawy sądzić, iż w przedmiotowych pozycjach kosztorysu wskazano cenę jednostkową jednej sztuki, a nie 1000 sztuk. Przypomniał treść § 9 i 10 ust. 3 wzoru umowy, gdzie mowa jest o rozliczeniach według cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego. Wskazał na orzecznictwo dot. wieloznaczności treści SIWZ i skutków z tego wynikających dla wykonawców. Podniósł niekonsekwencję Zamawiającego i dowolność w ocenie określonych pozycji i przyjmowanie, czy wycena dotyczy jednej czy tysiąca sztuk (przykład z poz. 5 oraz 9 i 10).

Podkreślił, że zał. nr 2 nie wskazuje sposobu obliczenia ceny, w tym zapisy SIWZ nie precyzują sposobu przemnożenia wartości z poszczególnych kolumn.

Odnośnie odpowiedzi na odwołanie nie zgodził się z oceną, że zarzuty są spóźnione. Stwierdził, że odnośnie poprzednich czynności w postępowaniu, ewentualne odwołanie byłoby uznane za przedwczesne.

Zauważył, że wcześniejsze czynności Zamawiającego były w trakcie postępowania zmieniane i wykonawca miał podstawy oczekiwać dokonywania kolejnych czynności, w tym podjętych wskutek uznania otrzymanych wyjaśnień od wykonawcy. Przypomniał, że również czynności badania ceny oferty i oceny kolejnych wyjaśnień były rozłożone w czasie i nie było podstaw ich odrębnie skarżyć.

W konsekwencji odwołanie zostało wniesione wobec czynności odrzucenia oferty jako skutku dokonanej przez Zamawiającego oceny w ramach poprzednich czynności postępowania. Zauważył, że również przyjmując zmniejszenie ceny oferty o około 80 000 zł dla poz. 9 i 10, cena oferty w pakiecie 1 nadal pozostałaby na poziomie 82-85% budżetu Zamawiającego, co wskazuje, że nie można jej ocenić jako rażąco niskiej za pakiet.

Zamawiający podtrzymał stanowisko przedstawione w złożonej odpowiedzi, w tym dotyczące zarzutów, które ocenił jako spóźnione. Niezależnie od tego podtrzymał dotychczasowe stanowisko w odniesieniu do wszystkich zarzutów.

Stwierdził, że SIWZ w postępowaniu jest typowa i nie powinna i nie budziła wątpliwości

wykonawców, także co do sposobu obliczenia ceny oferty i wypełnienia kosztorysów. Wskazał, że badanie ofert jest dokonywane w toku całego postępowania i w jego ramach Zamawiający ma prawo do poprawienia własnych wadliwych czynności. Wskazał na postanowienia SIWZ dotyczące sposobu obliczenia ceny wskazując na potrzebę realnej kalkulacji dla poszczególnych pozycji. Przypomniał, że Odwołujący kwestionuje w odwołaniu bezpodstawne wezwanie do złożenia wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny, co również jest zarzutem spóźnionym.

Podkreślił, że jednostki miary w kosztorysach nie powinny być sporne. W szczególności w odniesieniu do wykazanych w poz. 9 i 10 kosztorysu wskazanie TSZT oznacza 1000 sztuk.

W tych pozycjach dokonano poprawienia omyłki rachunkowej w odróżnieniu od poz. 5, w

której nie stwierdzono omyłki rachunkowej wobec poprawności wyniku mnożenia.

Wskazał, że przedmiot sporu dotyczy istotnego elementu zamówienia, znaczącego

gospodarczo i podlegającego badaniu pod kątem ceny zgodnego z przepisami ustawy. Wskazał na zał. 5 do SIWZ, gdzie na str. 4 wprost wskazano rodzaje jednostek miar, w tym TSZT jako 1000 sztuk. Zauważył, że w odwołaniu nie ma zarzutów dotyczących zasad rozliczeń. Podkreślił spoczywający na nim wymóg działania zgodnego z prawem.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron przedstawionych na piśmie oraz do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Rozpoznając odwołanie, Izba oceniła spełnienie przez Odwołującego przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, to jest kwestii posiadania legitymacji wykonawcy do wniesienia odwołania. W sprawie rozpatrywanej odwołujący ma legitymację do wniesienia odwołania stanowiącą przesłankę materialnoprawną uregulowaną w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, w tym rozumianą jako interes w uzyskaniu zamówienia, co oznacza jednocześnie poniesienie szkody w razie braku możliwości ubiegania się o zamówienie wobec odrzucenia oferty wykonawcy.

Merytorycznemu rozpoznaniu w niniejszym postępowaniu odwoławczym podlega zarzut niezgodnego z prawem odrzucenia oferty odwołującego w zakresie Pakietu 1 zamówienia. Zaskarżona czynność została dokonana dnia 14 lutego 2020 r. i podana do wiadomości wykonawcy w tym samym dniu. Oznacza to, że odwołanie od tej czynności zamawiającego wniesione zostało z zachowaniem ustawowego terminu (okoliczność niesporna).

Jak wynika z treści stanowiska zamawiającego zawartego w piśmie datowanym 14 lutego 2020 r. oferta została odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy pzp w związku z niewystarczającymi, w ocenie zamawiającego, wyjaśnieniami wykonawcy w zakresie dotyczącym istotnych części zamówienia przedstawionymi w dwóch pismach odwołującego z dnia 30 stycznia i 5 lutego 2020 r.

Ocena Zamawiającego, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w rozumieniu ustawy pzp, w zakresie dotyczącym istotnych części składowych zamówienia, powstała w następstwie dokonania w ofercie poprawek rachunkowych, o których Wykonawca został poinformowany pismem z dnia 24 stycznia 2020 r. Poprawka nastąpiła przez przyjęcie, że cena jednostkowa netto w PLN w pozycjach 9 i 10 oferty (kosztorysu) jest poprawna i stanowi wycenę jednostki stanowiącej 1000 szt. (TSZT), a w konsekwencji należy poprawić przy takiej podstawie wartość całkowitą stanowiącą iloczyn ceny jednostkowej (rozumianej jako cena za TSZT) przez ilość czynności wskazanych w kosztorysie.

Zamawiający przyjął i stwierdził w decyzji o odrzuceniu oferty, że stawki jednostkowe tak opisane, a dotyczące czynności sadzenia zawarte w ofercie Wykonawcy są rażąco niskie i nie gwarantujące należytego wykonania tej części zamówienia.

W toku postępowania w ramach korespondencji stron wykonawca zakwestionował czynność poprawienia omyłek rachunkowych stwierdzając, że kosztorys nie zawiera omyłek lub że ewentualne omyłki mogą mieć charakter oczywistej omyłki pisarskiej i nie mają wpływu na treść oferty, w szczególności jej cenę, także w odniesieniu do przedmiotowej części zamówienia.

Skład orzekający stwierdza, że ocena, iż cena istotnego elementu zamówienia jest rażąco niska, jest wyłącznie wynikiem i następstwem czynności zamawiającego polegającej na zmianie treści kosztorysu ofertowego w przedmiotowych dwóch miejscach (pozycje 9 i 10) przez przyjęcie za poprawne stawki jednostkowe w oczywisty sposób nierealnie zaniżone. Cena zatem została wykreowana przez zamawiającego, mimo przeciwnego stanowiska wykonawcy w tym przedmiocie.

Niezależnie od rozbieżnych stanowisk odwołującego przedstawianych w toku postępowania o udzielenie zamówienia co do istnienia lub nie oczywistej omyłki pisarskiej i konsekwentnemu zaprzeczaniu faktu popełnienia omyłki rachunkowej, Izba podziela pogląd, że wykonawca popełnił omyłkę w pozycjach 9 i 10 kosztorysu i uznaje, że pomyłka ma charakter rachunkowy w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp czyli jest oczywistą omyłką rachunkową podlegającą poprawieniu. Za znajdujące podstawę w treści siwz jest także przyjęcie, iż niewątpliwie dla tych pozycji jednostką miary jest 1000 szt. nasadzeń, oznaczony w formularzu kosztorysu jako „TSZT". W konsekwencji tego ustalenia oczywiste jest, że stawka 50 i 55 gr nie może dotyczyć jednostki miary TSZT = 1000 szt., lecz stawki te odnoszą się do jednostki rozumianej jako 1 szt. (jedna sztuka). Tym samym wykonawca

popełnił omyłkę rachunkową mylnie przyjmując, że cena jednostkowa w omawianych pozycjach kosztorysu ofertowego jest ceną za 1 szt., a nie wskazaną symbolem TSZT. Stwierdzenie tak popełnionej omyłki rachunkowej mającej charakter oczywisty jest w ocenie składu orzekającego jedyną rozsądną i zgodną z prawem oceną. Oznacza to, że omyłka została popełniona, lecz nie w wartości łącznej przedmiotowych usług, czyli iloczynie stawki jednostkowej mnożonej przez liczbę czynności, lecz w wysokości stawki jednostkowej stanowiącej jeden czynnik działania (mnożenia). Stawka podana jako dotycząca jednej sztuki powinna być bowiem przemnożona przez liczbę 1000 stanowiącą stawkę jednostkową.

W konsekwencji tej oceny i dla uchylenia skutków czynności z 24 stycznia 2020 r. stanowiącej bezpośrednią podstawę faktyczną i prawną czynności odrzucenia oferty, skład orzekający nakazał poprawienie omyłki rachunkowej w oparciu o treści ujęte w formularzu. Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia uznać należy, że jedyną i oczywistą metodą poprawienia omyłki jest przyjęcie, że liczba czynności i wynik obliczenia tj. iloczyn stanowiący cenę są poprawne, natomiast stawka jednostkowa wpisana w formularzu jako oczywiście dotycząca jednej sztuki winna być przemnożona o liczbę (krotność) zawierającą się w jednostce TSZT.

W konsekwencji tej poprawki, w wymiarze fizycznym tożsamej z czynnością z 9 grudnia 2019 r., z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością można stwierdzić, że odpadnie podstawa faktyczna i prawna uznania oferty odwołującego za zawierającą rażąco niską ceną w odniesieniu do istotnego elementu zamówienia stanowiącego przedmiot rozpatrzenia.

Jednocześnie, wobec podniesienia przez zamawiającego zarzutów, iż inne niż czynność odrzucenia oferty, zachowania zamawiającego (zaniechania i czynności) kwestionowane w odwołaniu nie powinny być rozpatrzone jako podniesione z upływem terminu, skład orzekający przyznaje rację zamawiającemu zauważając także, że wykonawca mógł w określonych terminach, wskazanych w odpowiedzi na odwołanie, w odniesieniu do tych zdarzeń skorzystać ze środków ochrony prawnej. Podzielając to stanowisko Izba zauważa jednak, że rozpatrzenie czynności odrzucenia oferty wymaga oceny stanu faktycznego stanowiącego podstawę dokonania skarżonej czynności. Można zauważyć, że racjonalny wykonawca nie składa odwołania na każdą czynność zamawiającego, która w jego ocenie narusza prawo, lecz taką, która ma znaczenie dla jego interesu w rozumieniu art. 179 ustawy pzp. W rozpatrywanej sprawie odwołujący jakkolwiek kwestionował dokonanie poprawienia jego ceny ofertowej w zakresie istotnego i stanowiącego przedmiot rozpatrzenia elementu zamówienia, jednakże miał podstawy przypuszczać, że cena ofertowa po uwzględnieniu poprawki nadal nie ma cech rażąco niskiej. Także prowadzona procedura wyjaśnienia ceny w aspekcie rażąco niskiej jej wysokości pomimo jej kwestionowania przez wykonawcę, nie musiała być odrębnie skarżona, skoro w razie negatywnego dla wykonawcy wyniku, dysponował on prawem do odwołania od tego wyniku. Z tego prawa skorzystał wnosząc odwołanie na czynność odrzucenia jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy pzp. Niezależnie od możliwych ocen, czy art. 90 ust. 3 może być samodzielną podstawą prawną odrzucenia oferty, skład orzekający uznał niniejszym orzeczeniem, że czynność odrzucenia oferty z powodu wysokości ceny ustalonej wbrew treści kosztorysu ofertowego przez zamawiającego, który dokonał poprawienia omyłki rachunkowej w sposób nieracjonalny i nie dający się uzasadnić treścią kosztorysu, została dokonana z naruszeniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp, co w konsekwencji spowodowało naruszenie art. 90 ust. 3 przez nieprawidłowe zastosowanie wskazanych przepisów ustawy pzp.

Okoliczności powyższe uzasadniają konieczność przeprowadzenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności wskazanych w niniejszym wyroku.

Na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....