

Sygn. akt: KIO 1134/14

WYROK
z dnia 18 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 czerwca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2014 r. przez **Odwołującego** – B. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych B. K., ul. Wolności 28a, 42-500 Będzin, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Miasto Ruda Śląska, Plac Jana Pawła II 6, 41-709 Ruda Śląska

przy udziale **Wykonawcy** – D. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Dalpinex D. B., ul. Rycerka Dolna 281c, 34-370 Rajcza, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu **powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego**,
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Miasto Ruda Śląska, Plac Jana Pawła II 6, 41-709 Ruda Śląska i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – B. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych B. K., ul. Wolności 28a, 42-500 Będzin tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Miasto Ruda Śląska, Plac Jana Pawła II 6, 41-709 Ruda Śląska na rzecz **Odwołującego** – B. K., prowadzącego działalność

gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych B. K., ul. Wolności 28a, 42-500 Będzin kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1134/14

Uzasadnienie

I. Miasto Ruda Śląska (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wycinka drzew na terenie Miasta Ruda Śląska.

W dniu 4 czerwca 2014 r. B. K., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych B. K. w Będzinie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zakwestionował prawidłowość odrzucenia jego oferty z postępowania jako nieodpowiadającej z SIWZ. Podnosił, że zgodnie z SIWZ, załączył do formularza ofertowego sposób wyliczenia wartości drewna pozyskanego z wycinki drzew, wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie określił zasad, zgodnie z którymi należało przedstawić wyliczenie wartości drewna pozyskanego wycinki, zatem na etapie oceny ofert nie może go kwestionować. W konsekwencji Odwołujący wniósł o powtórzenie badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił D. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Dalpinex D. B. w Rajczy.

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 - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia.

Bez znaczenia dla badania wniesionego odwołania jest, że Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. Zarzut odwołania składa się z podstawy faktycznej i prawnej – w ocenie Izby, jeżeli podstawa faktyczna zarzutu została opisana jednoznacznie (podane w odwołaniu okoliczności i argumentacja są ze sobą skorelowane i jasno wskazują, że Odwołujący kwestionuje odrzucenie własnej oferty w związku z sposobem przedstawienia wyliczenia wartości drzew do wycinki), to błędne przytoczenie podstawy prawnej nie stoi na przeszkodzie merytorycznemu rozpatrzeniu zarzutu.

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

Izba ustaliła, co następuje:

1. Cena ofertowa była ceną ryczałtową (Rozdział XIX pkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej: SIWZ; kopia SIWZ i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach sprawy). Zgodnie z pkt 3 Formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SIWZ) cena ofertowa stanowiła różnicę pomiędzy ceną za usługę polegającą na wycince drzew, a ceną „za pozyskane z wycinki drewno, którą Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu”. We wzorze Formularza ofertowego wskazano, iż „Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do niniejszego formularza ofertowego sposób wyliczenia wartości drewna pozyskanego z wycinki drzew wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia”. Zamawiający nie załączył wzoru takiego wyliczenia i brak w SIWZ wskazówek, jak należy przygotować wyliczenie.
2. Do SIWZ Zamawiający załączył Wykaz drzew przeznaczanych do wycinki, zawierający 409 pozycji. Niektóre z pozycji są wykreślone – Zamawiający oświadczył na rozprawie, że 8 z 409 pozycji zostało wykreślonych w oparciu o wizję lokalną. Zatem w ofercie wycenić należało drewno z 401 drzew do wycinki.
3. W § 5 ust. 2 Wzoru umowy (załącznik nr 9 do SIWZ) wskazano, że Wykonawca zobowiązany jest do zakupu drewna, pozyskanego z wycinki drzew, w ilości 402 sztuk drzew, za łączną cenę w kwocie podanej w formularzu ofertowym. Jest to cena niezmienna, ryczałtowa, płatna jednorazowo. Zamawiający nie zakłada możliwości częściowych płatności z drewno z poszczególnych drzew - w odpowiedzi na pytanie przewodniczącej składu orzekającego, zadane na rozprawie, czy Zamawiający przewiduje, że w trakcie realizacji umowy może dojść do sytuacji, kiedy wykonawca będzie zobowiązany do zakupu drewna pochodzącego z poszczególnych drzew Zamawiający odpowiedział, że nie przewiduje. Zamawiający stwierdził, że Wykonawca w każdym wypadku jest zobowiązany do zakupu drewna za łączną cenę.
4. Zamawiający zapytany na rozprawie o rozbieżność w SIWZ pomiędzy ilością drzew do wyceny (401 sztuk wynikającą z Wykazu drzew, z uwzględnieniem wykreślonych pozycji), a ilością drzew, za których drewno wskazana jest łączna cena (402 sztuki w § 5 ust. 1 Wzoru umowy), Zamawiający wyjaśnił, że jest to oczywista omyłka. Po pytaniu przewodniczącej, czy ją skorygowano Zamawiający udzielił odpowiedzi, że nie, ponieważ dostrzeżono ją dopiero po otwarciu ofert. Niemniej jednak w ocenie Zamawiającego ilość drzew jest oczywista, ponieważ wynika to z całości dokumentacji, a zwłaszcza z tabeli (wykazu drzew), zawartej w SIWZ.

5. Odwołujący załączył do oferty na stronie trzeciej dokument nazwany „Szacunkowa wartość pozyskanego drewna z wycinki”. W poszczególnych kolumnach przedstawił wycenę drzew, w zależności od średnicy pnia, na łączną cenę brutto 7 827,11 zł. W tabeli ujęto 403 drzewa (drzewa w zależności od średnicy pnia podano ilość sztuk: 42+53+53+61+72+55+25+16+9+17).
6. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z SIWZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, uznając, że Odwołujący uwzględnił do wyceny również pozycje wykreślone, których nie należało brać pod uwagę, „co oznacza, iż zarówno do wyceny usługi wycinki drzew, jaki i wyceny pozyskanego drewna przyjął on błędną ilość drzew. Ponadto z przedłożonego wyliczenia drewna wynika, iż w poszczególnych średnicach także przyjął błędną ilość drzew. (...) Z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie zna wartości, jaką Wykonawca przyjął za usługę polegającą na wycięciu drzew w poszczególnych średnicach, nie jest on w stanie dokonać poprawy ceny ofertowej.”
7. Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie, kwestionując prawidłowość odrzucenia jego oferty.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, co do którego Strony były zgodne, jednak przypisywały mu odmienne skutki prawne, Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, i oferta Odwołującego została nieprawidłowo odrzucona z postępowania.

Treść oferty ocenia się przez pryzmat treści przyszłego świadczenia – podstawą faktyczną odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych może być tylko taki zakres świadczenia, opisany w ofercie, który nie odpowiada treści SIWZ w taki sposób, iż treść przyszłego świadczenia, realizowanego na podstawie umowy o zamówienie publiczne, nie będzie odpowiadała treści SIWZ. Zatem nie może to być formalna niezgodność, a jedynie niezgodność rzeczowa, merytoryczna.

W niniejszym postępowaniu znaczenie dla treści oferty miała jedynie łączna, ryczałtowa wartość drzew do wycinki – jedynie ta kwota będzie wpisana do umowy (w § 5 ust. 1). Sam Zamawiający na rozprawie wskazywał, że nie przewiduje osobnych płatności z drewno pochodzące z poszczególnych drzew. Ewentualne omyłki w wyliczeniach łącznej ceny brutto za drewno pochodzące z drzew do wycinki w takiej sytuacji obciążają wykonawcę, a nie Zamawiającego – znaczenie ma tylko wartość brutto drewna pozyskanego z wycinki. W takim kontekście wycena za drzewa o poszczególnych średnicach ma dla Zamawiającego walor wyłącznie informacyjny – Zamawiający zdawał się z tym godzić, skoro w niektórych ofertach nie przedstawiono żadnego wyliczenia drewna za drzewa o określonych średnicach,

a, jak podnosił Odwołujący, podano jedynie wartość globalną (wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu, przedstawiali wyliczenie w różnym stopniu szczegółowości, poczynając od bardzo szczegółowych, do podania jedynie ceny całościowej). Sam Zamawiający wydaje się do podawanej ilości drzewa do wycinki nie przywiązywać wielkiej wagi, skoro w jednym miejsc SIWZ podaje 401, innej 402. W konsekwencji okoliczność, że Odwołujący wycenił 403 drzewa (Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie twierdził, że Odwołujący w ofercie wycenił drewno pozyskane z 409 drzew) nie może decydować o odrzuceniu oferty. Na marginesie należy zauważyć, że gdyby z postanowień SIWZ wynikało, że wartość drzew o poszczególnych średnicach ma znaczenie dla przyszłej umowy (np. przewidziano by osobne płatności za drewno z drzew o określonych średnicach), to niewykluczone, że przy takiej konstrukcji wyliczenia wartości drewna, jak w ofercie Odwołującego, wyliczenie to możnaby skorygować w drodze poprawienia omyłki rachunkowej. Jednak wobec postanowień SIWZ, jak już wcześniej w uzasadnieniu wskazano, znaczenie ma tylko cena globalna za drewno pozyskane z wycinki – bez względu, czy Odwołujący wycenił drewno pochodzące z 401, 403 czy 409 drzew. Strony były zasadniczo zgodne, że więcej drzew, niż przewidziano w SIWZ, nie można wyciąć (potrzebne jest zezwolenie). Dlatego nie ma podstawy do stwierdzenia, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ – nie było zatem podstawy do jej odrzucenia w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, w konsekwencji należy powtórzyć czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

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:

.....