

WYROK
z dnia 16 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – D. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ADZ D. G. w Niechcicach, B. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych B. B. w Kaliskach, Ł. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne Ł. A. w Bytonii, K. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych T. K. w Paruszcze, M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych S. M. w Kłosowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Tuczo w Tuczo

przy udziale wykonawcy Zakładu Usług Wielobranżowych "Chrobotek" Sp. j. W. R., St. K. w Jeziorkach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – D. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ADZ D. G. w Niechcicach, B. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych B. B. w Kaliskach, Ł. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne Ł. A. w Bytonii, K. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych T. K. w Paruszcze, M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych S. M. w Kłosowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – D. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ADZ D. G. w Niechcicach, B. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych B. B. w Kaliskach, Ł. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne Ł. A. w Bytonii, K. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych T. K. w Paruszcze,

M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych S. M. w Kłosowie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – D. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ADZ D. G. w Niechcicach, B. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych B. B. w Kaliskach, Ł. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne Ł. A. w Bytonii, K. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych T. K. w Paruszcze, M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych S. M. w Kłosowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Koszalinie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2768/14

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Tuczo w Tuczo - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze

zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Tuczo w 2015 r. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 1 listopada 2014 r. pod numerem 2014/S 211-374011. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Przedmiot zamówienia został podzielony na dwie części.

17 grudnia 2014 r. zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym o odrzuceniu w części I i II oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – D. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ADZ D. G. w Niechcicach, B. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych B. B. w Kaliskach, Ł. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne Ł. A. w Bytonii, K. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych T. K. w Paruszcze, M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych S. M. w Kłosowie.

Wobec czynności odrzucenia wymienieni wykonawcy wnieśli odwołanie 23 grudnia 2014 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 65 § 1 kodeksu cywilnego. Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów ewentualnego zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, iż w załączniku nr 1A.1 oraz 1A.2 w pozycji transport sadzonek nastąpiła omyłka polegająca na wskazaniu jednostki miary „c/godz” zamiast „km” wynikająca z błędu pisarskiego, powielenia jednostki miary z pozycji, która występowała powyżej. Zwrócił uwagę, że wartość tej pozycji w ofercie w stosunku do konkurencji jest wysoka z uwagi na sposób prowadzenia działalności. Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę w dość dużej odległości od bazy firmy (Niechcice), tym samym jest zmuszony do wykorzystywania możliwości niskich cen w niektórych pozycjach przy dość wysokich kosztach w innych pozycjach. Podniósł, że w kosztorysie uwzględnił zakres związany z transportem sadzonek, który jest pozycją kompleksową, na którą składa się wiele czynników związanych z kosztami naszej działalności, między innymi użytkowanie sprzętu z bazy w Niechcicach. Odwołujący wywiódł, że poprawy oferty zamawiający może dokonać bez udziału wykonawcy, poprawka nie ma istotnego znaczenia dla złożonej oferty, a usługa transportu sadzonek była oferowana przez odwołującego z zgodnie z oczekiwaniem zamawiającego.

Wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę w części I i II - Zakład Usług Wielobranżowych "Chrobotek" Sp. j. W. R., S. K. w Jeziorkach przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o

oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i uczestnik postępowania podtrzymali dotychczasowe stanowiska, a zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt 3.4.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający przewidział możliwość zwiększenia zakresu realizacji przedmiotu zamówienia, pkt 3.4.13.3. głosi, że rozliczenie za wykonane usługi następować będzie na podstawie stawek określonych dla poszczególnych rodzajów prac w ofercie wykonawcy.

W pkt 13 zamawiający wskazał sposób obliczenia ceny oferty. Podał w ust. 1, że wykonawca zobowiązany jest podać na formularzu oferty łączną cenę za wszystkie pozycje (prace) przewidziane dla części, na które składa swoją ofertę. Ceny jednostkowe za poszczególne pozycje (prace) wchodzące w skład zadania powinny być poddane na formularzu kosztorys cenowy oferty, na którym Wykonawca składa swoją ofertę. Łączna cena za poszczególne pozycje (prace) wchodzące w skład zadania powinna zostać przeniesiona na formularz oferty (13.2.). Kosztorysy cenowe oferty (załączniki nr 1A) do specyfikacji zamówienia) muszą być wypełnione odrębnie dla każdej części, na którą ofertę składa wykonawca (13.3.). W pkt 13.9 zamawiający wskazał, że do oferty należy dołączyć kosztorys cenowy oferty na wykonanie przedmiotowego zadania. Kosztorys ofertowy ma być sporządzany dokładnie na podstawie przedstawionego przez Zamawiającego zakresu i uwzględnić wszystkie koszty niezbędne do realizacji zamówienia.

Zgodnie z pkt 14.1. jedynym kryterium oceny ofert była cena.

Odwołujący złożył oferty na obie części zamówienia na załączniku nr 1A.1 oraz 1A.2 do SIWZ. W ofertach na obie części w pozycji „Transport sadzonek” odwołujący podał jako jednostkę miary „c/godz” (ciągnikogodzinę) zamiast ustalonej przez zamawiającego jednostki miary „km” (kilometr). Wartość tej pozycji jednostkowej w ofercie odwołującego wynosił 50 zł, taka sama cena jednostkowa w ofercie odwołującego została podana we wszystkich pozycjach opisanych jako „prace godzinowe ciągnikowe”. Stawka podatku VAT w ofercie odwołującego w pozycji „Transport sadzonek” wynosi 23%.

Ustaleń Izba dokonała na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferty odwołującego (kopie w aktach sprawy).

Zgodnie z oświadczeniami złożonymi na rozprawie, cena ofert odwołującego była najniższa (tak też w protokole postępowania – kopia w aktach sprawy), a wartość pozycji transport sadzonek w ofertach dwóch pozostałych wykonawców wynosi odpowiednio 4 i 4,50 zł oraz 4,50 zł w każdej z części.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż odrzucenie jego oferty uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia w częściach I i II.

Odwołanie jest bezzasadne.

Izba dostrzegła, że odwołujący podnosi popełnienie niezamierzonej omyłki w ofercie wyłącznie co do jednostki miary, jednak z lektury uzasadnienia odrzucenia oferty można wywnioskować, że zamawiający uznał również, że odwołujący błędnie wskazał cenę za transport sadzonek – podał cenę za ciągnikogodzinę, nie za kilometr transportu, czyli omyłka dotyczy ceny i jednostki. Przy uwzględnieniu, że cena jednostkowa w pozycji „Transport sadzonek” w ofertach dwóch pozostałych wykonawców wynosi odpowiednio 4 i 4,50 zł oraz 4,50 zł, możliwość popełnienia przez odwołującego omyłki wyłącznie w zakresie jednostki, a nie ceny, budzi uzasadnione wątpliwości, zwłaszcza, że w pozostałych pozycjach kosztorysu, które wskazują jako jednostkę ciągnikogodzinę, odwołujący podał cenę jednostkową danej pozycji - 50 zł. Doświadczenie życiowe podpowiada, że cena 50 zł za kilometr transportu jest wygórowana. Należało zatem ocenić, czy omyłka odwołującego polegała na podaniu ceny jednostkowej ciągnikogodziny zamiast ceny jednostkowej za kilometr transportu sadzonek.

Uznanie, że zamiarem odwołującego było żądanie ceny 50 zł za kilometr transportu sadzonek byłoby korzystne dla odwołującego, gdyż w konsekwencji omyłka odwołującego polegałaby wyłącznie na zmianie jednostki, a poprawienie oferty w tym zakresie jest aprobowane w orzecznictwie.

Izba zważyła, że ciężar dowodu co do faktu, że omyłka w ofercie dotyczy wyłącznie jednostki, a nie ceny, czyli że odwołujący świadomie podał cenę jednostkową 50 zł za km transportu sadzonek, spoczywał na odwołującym (*reus in exceptionem actor est*). Odwołujący aż do zamknięcia rozprawy mógł powoływać dowody na odparcie twierdzeń strony przeciwnej (art. 190 ust. 1 *in fine* Pzp). Zamawiający twierdził, że odwołujący podał cenę jednostkową 50 zł za ciągnikogodzinę, nie zaś za kilometr transportu. Odwołujący powinien zatem uzasadnić i wywieść w postępowaniu odwoławczym, że w sposób zamierzony żądał kwoty 50 zł za km transportu sadzonek. Spór między stronami dotyczył bowiem nie tylko oceny prawnej, czyli dopuszczalności poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ale przede wszystkim faktów, czyli tego, czy odwołujący cenę jednostkową 50 zł przewidział w ofercie za ciągnikogodzinę, czy za kilometr transportu sadzonek.

Odwołujący podnosił w odwołaniu i podtrzymywał na rozprawie tezę, że podanie ceny 50 zł za kilometr transportu sadzonek było zamierzone i wynikało z odległości bazy w Niechcicach od miejsca wykonywania umowy. Jednak na rozprawie pełnomocnik odwołującego nie podał sposobu kalkulacji tej ceny, ani nie potrafił udzielić informacji, co do sposobu wykonywania świadczenia, czy pojazd którym sadzonki będą przewożone zostanie każdorazowo dostarczony na miejsce przed każdym kolejnym transportem sadzonek.

W tej sytuacji, mając na uwadze kontekst sytuacyjny i logiczne pojmowanie całości tekstu formularza cenowego odwołującego (w którym cena 50 zł dotyczyła wyłącznie ciągnikogodziny we wszystkich przypadkach, gdy jednostka ta była przypisana do danej pozycji kosztorysu) oraz status odwołującego, który prowadzi działalność gospodarczą w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, Izba doszła do przekonania, że omyłka w formularzu cenowym odwołującego nie mogła dotyczyć wyłącznie jednostki miary. Wobec braku dowodu na twierdzenie przeciwne Izba uznała, że w istocie odwołujący zamiast oczekiwanej przez zamawiającego ceny za kilometr transportu sadzonek podał cenę ciągnikogodziny, której zamawiający nie oczekiwał.

Twierdzenie odwołującego o uwzględnieniu w cenie kosztów transportu pojazdu ze znacznej odległości jest niewiarygodne również z tego powodu, że dwóch członków konsorcjum odwołującego ma siedziby w niedużej odległości od zamawiającego (niezaprzeczone twierdzenie przystępującego), nie wiadomo więc, czy dostarczenie z Niechcic pojazdu niezbędnego do transportu sadzonek będzie w ogóle konieczne.

Prezentowana ocena uwzględniająca rezultat wykładni oświadczenia woli odwołującego z zastosowaniem art. 65 § 1 kodeksu cywilnego oraz obowiązujące w postępowaniu odwoławczym reguły dotyczące postępowania dowodowego prowadzi do stwierdzenia, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Niezgodność treści oferty odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest bowiem możliwa do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Po pierwsze: okoliczności sprawy nie wskazują, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia nastąpiła skutkiem niezamierzonego, niecelowego działania odwołującego. Po drugie: nawet jeśli by przyjąć, że złożenie oferty niezgodnej ze specyfikacją nie było skutkiem świadomego działania odwołującego, lecz popełnienie omyłki nastąpiło w wyniku braku należytej staranności, to omyłka, którą popełnił odwołujący, nie może być poprawiona.

Stopień zawinienia (przyczynienia się) wykonawcy do powstania omyłki pozbawiony jest doniosłości prawnej, gdyż art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie uzależnia poprawienia omyłki od tego, czy wykonawca jest, czy nie jest winien jej powstania, jednak aby omyłka w treści oferty była możliwa do poprawienia, musi być tego rodzaju, by niezbędnej poprawy zamawiający mógł dokonać samodzielnie, a ponadto omyłka nie może być istotna.

Izba zważyła, że zamawiający może samodzielnie dokonać zamiany jednostki z ciągnikogodziny na kilometr, ale bez przeprowadzenia negocjacji z odwołującym (zakazanych przez art. 87 ust. 1 Pzp) nie może zmienić ceny jednostkowej 50 zł. Ewentualna zmiana miałaby charakter istotny, poszczególne pozycje kosztorysu dotyczą bowiem odrębnych usług, a nie pojedynczego elementu świadczenia. Stąd też o istotności omyłki nie może świadczyć udział tej pozycji w kosztorysu w cenie całej oferty.

Odrzuceniu oferty odwołującego nie sprzeciwia się postulat celowościowej wykładni norm ustawy. Celem postępowania jest wybór oferty najkorzystniejszej, a więc wydatkowania pieniędzy

publicznych w sposób racjonalny i celowy poprzez uzyskanie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług za jak najniższą cenę (postanowienie SO w Rzeszowie z 16 lutego 2011 r., VI Ga 192/10 – www.uzp.gov.pl). Skoro na cenę oferty w postępowaniu składa się cena wielu niezależnych i odrębnie rozliczanych usług, a wynagrodzenie ma być wypłacane wykonawcy za usługi faktycznie wykonane, których rozmiar może się zwiększyć, nie sposób uznać, że zapłata 50 zł za kilometr transportu sadzonek byłaby racjonalnym i gospodarnym działaniem zamawiającego, a przyjęcie oferty odwołującego oznaczałoby uzyskanie zamawianych usług za najniższą cenę .

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 ust. 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238), uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b wskazanego rozporządzenia.

Izba nie zasądziła wynagrodzenie pełnomocnika przystępującego, gdyż nie dopuszczają tego przepisy powołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: