

Sygn. akt: KIO 674/17

WYROK

z dnia 18 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Edyta Paziewska

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

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu T.Z.U.K. w (...) powtórzenie badania i oceny ofert z udziałem oferty wykonawcy B.-E. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w (...), oraz poprawienie w niej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - T.Z.U.K. w (...) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę B.-E. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w (...) tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego - T.Z.U.K. w (...) na rzecz wykonawcy B.-E. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w (...) kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

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

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

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

- a) art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie dokonania poprawy innej omyłki w ofercie Odwołującego polegającej na niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty,
- b) art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez niezasadne przyjęcie, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ, a tym samym istnieją przesłanki do jej odrzucenia z postępowania,
- c) art. 93 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych poprzez niezasadne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w związku z przyjęciem, iż w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu,
- d) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez rażące naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przejawiającym się w preferencyjnym traktowaniu określonych wykonawców.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Izba ustaliła, co następuje:

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

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

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

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

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

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

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:

.....