

**WYROK**

**z dnia 20 maja 2021 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Danuta Dziubińska**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2021 r. przez **Garden Designers D. i Wspólnicy spółka jawna** z siedzibą w Lublinie w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Lublin**

przy udziale wykonawcy **K. A.-K.** prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą **TRADE PROJEKT mgr inż. K. A.-K.** w Bogucinie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Gminie Lublin:
  - 1.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
  - 1.2. unieważnienie czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w poz. 23. formularza wyceny ofertowej 5b w ofercie wykonawcy K. A.-K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą TRADE PROJEKT mgr inż. K. A.-K.,
  - 1.3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu – K. A.-K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą TRADE PROJEKT mgr inż. K. A.-K., 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 uczestnika postępowania odwoławczego – K. A.-K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą TRADE PROJEKT mgr inż. K. A.-K. na rzecz odwołującego - Garden Designers D. i Wspólnicy spółka jawna z siedzibą w

Lublinie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczanego przez Odwołującego wpisu oraz uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Gmina Lublin (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Bieżące utrzymanie, kompleksowa konserwacja i renowacja zieleni w pasach drogowych miasta Lublin obejmujące wszelaką zieleń przyuliczną - 7 części (VII rejonów)”, numer referencyjny: ZP-P-.1.271.63.2020. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 20 listopada 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S 227 - 558413.

Zamawiający 15 marca 2021 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 2 (Rejon II), złożonej przez wykonawcę K. A.-K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą TRADE PROJEKT mgr inż. K. A.-K. (dalej: „Trade Projekt”). W terminie ustawowym wykonawca Garden Designers D. i Wspólnicy spółka jawna (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie, kiedy to zaistniała w ofercie wykonawcy Trade Projekt omyłka nie była oczywista, względnie zastosowanie wskazanego przepisu nieprawidłowo, gdyż w przedłożonej wycenie nie dokonano błędnego działania matematycznego, a jedynie nieprawidłowo podstawiono liczbę „68”, zamiast „680”, w wyniku czego Zamawiający nieprawidłowo dokonał czynności badania i oceny ofert, a następnie wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i wybranie ofert, która nie była najkorzystniejsza;

względnie z daleko posuniętej ostrożności procesowej, w przypadku uznania przez Izbę, że Zamawiający zasadnie dokonał poprawienia omyłki rachunkowej, naruszenie:

- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Trade Projekt, która zawierała nierealne ceny jednostkowe, poniżej rzeczywistych kosztów wykonania;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Trade Projekt, mimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

5) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśniania istotnych części składowych ww. oferty, które są rażąco niskie w związku z zaoferowaniem przez wykonawcę Trade Projekt rażąco niskich i nierealnych cen jednostkowych oraz uznanie, że ww. ceny nie budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ i nie wydają się rażąco niskie;

a w konsekwencji:

6) art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także poprzez brak rzetelnej oceny oferty Odwołującego.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;

2) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Trade Projekt,
- unieważnienia czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej, względnie dokonanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą,

względnie z daleko posuniętej ostrożności procesowej:

- wezwanie wykonawcy Trade Projekt do wyjaśniania istotnych części składowych oferty, które są rażąco niskie,
- odrzucenie oferty wykonawcy Trade Projekt.

W uzasadnieniu Odwołujący podał, że zgodnie z punktem 3.4 SIWZ Zamawiający wskazał: „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 1a-g - Opis przedmiotu zamówienia, zał. Nr 5a-5g- Wycena ofertowa oraz zał. Nr 11 a-11g - Wykaz ulic objętych stałym utrzymaniem.”, a także w pkt 10.6: „Wykonawcy zobowiązani są złożyć następujące dokumenty oraz oświadczenia (...). 10.6.2. Formularz ofertowy (wg załącznika nr 3a-3g) - w przypadku składania oferty przez podmioty występujące wspólnie należy podać nazwy (firmy) oraz dokładne adresy wszystkich wykonawców składających ofertę wspólną. (...) 10.6.4. Wycena ofertowa (wg zał. nr 5a-5g).”

Zgodnie z treścią załącznika nr 5b dla części II oraz załącznika nr 5d dla części IV zamówienia Zamawiający wskazał w pozycjach o nr 23., że przedmiotem zamówienia będzie odpowiednio: sadzenie 56 (część II) oraz 25 (część IV) sztuk drzew liściastych „(...) z bryłą korzeniową lub w pojemnikach o pojemności minimum 10 l, z materiałem roślinnym I klasy o obwodzie pnia do 12 - 15 cm mierzonym na wysokości 100 cm (sadzonka i klasy, materiał zdrowy, czysty odmianowo bez uszkodzeń z koroną minimum 3 letnią) - materiał Wykonawcy.

Zamawiający zastrzega sobie prawo kontroli jakości materiału nasadzeniowego przed dopuszczeniem do nasadzeń:

- sprawdzenie odczynu gleby i doprowadzenie go w razie potrzeby do wartości odpowiedniej dla sadzonego drzewa,
- wykopanie dołu o 30% większego niż bryła korzeniowa,
- zasypanie wnętrza dołu ziemią urodzajną z zastosowaniem hydrożelu w ilości zgodnej z instrukcją na opakowaniu do połowy jego głębokości,
- wsadzenie sadzonki,
- zasypanie dołka ziemią urodzajną,
- zagęszczenie wierzchniej warstwy ziemi urodzajnej,
- podlanie sadzonki (minimum 20 l wody na 1 drzewo),
- ściółkowanie rozdrobnioną korą z drzew iglastych w obrębie misy, warstwa kory 10 cm,
- palikowanie sadzonki 3 impregnowanymi palikami o wysokości min. 2,5 m (wysokość należy dostosować do rozmiarów drzewa; głębokość wbicia w podłoże min. 40 cm) i średnicy 8 cm, połączonymi ze sobą poprzeczkami wykonanymi w przekroju podłużnym z połowy palika,
- przymocowanie wiązań (2 szt.) z materiału miękkiego i elastycznego nie raniącego drzewa (taśma). Pierwsze wiązanie winno być wykonane ok. 20 cm od końca pała, drugie wiązanie nieco niżej połowy. Wiązanie należy wykonać w ósemkę, osobno pień osobno każdy z palików. Koniec wiązadła należy przybić do pała w sposób uniemożliwiający jego obsunięcie,
- zabezpieczenie nasadzenia siatką ochronną przymocowaną w dolnej części palików (wys. min. 40 cm) przed zwierzętami oraz koszeniem.

Wykonawca Trade Projekt złożył oferty częściowe na część II (Rejon II), a także na część IV), zgodnie z dołączonymi wycenami ofertowymi zaproponował wykonanie pozycji 23. wskazanych w załącznikach 5b oraz 5d, w kwotach:

- 68,00 zł za wykonanie 53 szt. w łącznej kwocie 36 040,00 zł (część II),
- 680,00 zł za wykonanie 25 szt. w łącznej kwocie 17 000,00 zł (część IV).

Pismem z 18 grudnia 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Trade Projekt o dokonaniu poprawy oczywistej omyłki rachunkowej z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek dot. części II. Zamawiający dokonał przemnożenia wartości 68,00 cena jednostkowa zł/netto przez ilość jednostek (53) i otrzymał wynik 3604,00 zł netto, co w ocenie Zamawiającego stanowiło wartość prawidłową i wymagało dokonania powyżej wskazanej czynności. W wyniku modyfikacji dokonanej przez Zamawiającego, cena wskazana w ofercie wykonawcy Trade Projekt uległa zmniejszeniu o 32 436 zł netto. Finalnie dokonana poprawa oferty wpłynęła na wynik postępowania, gdyż w momencie otwarcia ofert cena proponowana przez Trade Projekt wynosiła 593 227,27 zł brutto (oferta Odwołującego - 559 106,99 zł brutto), a po dokonaniu poprawy omyłek rachunkowych wynosiła już 558 196,49 zł brutto (oferta Odwołującego 559 661,57 zł brutto), co w konsekwencji doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Trade Projekt.

W ocenie Odwołującego Zamawiający niezasadnie dokonał poprawy omyłki rachunkowej, kiedy to zaistniała wątpliwość nie była jednoznaczna, a przez to nie miała waloru „oczywistości”. Ewentualnie Zamawiający powinien dokonać korekty złożonej wyceny poprzez zmianę oferowanej stawki 68.00 zł jednostkowej zł/netto i podstawienie wartości 680 zł zgodnie z ofertą częściową tego samego wykonawcy złożoną w ramach części IV. Wykonanie pozycji 23. ze względu na koszt samego materiału jak i wszelkich prac związanych z jej realizacją jest niemożliwe do zrealizowania w kwocie 68 zł. Co więcej jak wynika z ofert częściowych złożonych przez wykonawcę Trade Projekt na część II jak i IV można zauważyć, że koszty jednostkowe wykonania poszczególnych pozycji związanych z sadzeniem drzew rosną wraz ze wzrostem parametrów poszczególnych roślin. Tym samym cena jednostkowa na poziomie 68 zł/szt. wyraźnie odbiega od reguł wynikających z wycen złożonych przez wykonawców, co należy jednoznacznie ocenić jako popełnienie omyłki w postaci nieprawidłowego podstawienia liczby „68”, zamiast liczby „680”. Powyższe stanowisko potwierdza nie tylko oferta złożona przez wykonawcę Trade Projekt w ramach części IV, ale także oferty innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. W ramach części I wykonawcy zaproponowali następujące ceny jednostkowe dot. pozycji 23.: Garden Designers D. i Wspólnicy Sp. j - 250 zł/szt., Architektura Zieleni Hortus R. C.-P. - 268 zł/szt., Sorted Sp. z o.o. - 400 zł/szt. W ramach części II wykonawcy zaproponowali następujące ceny jednostkowe dot. pozycji 23.: Garden Designers D. i Wspólnicy Sp. j - 250 zł/szt., Trade Projekt mgr inż. K. A.-K. - 68 zł/szt. W ramach części III wykonawcy zaproponowali następujące ceny jednostkowe dot. pozycji 23.: Architektura Zieleni Hortus R. C.-P. - 220 zł/szt., P.H.U. GITPOL G. K. - 280 zł/szt. W ramach części IV wykonawcy zaproponowali

następujące ceny jednostkowe dot. pozycji 23.: Trade Projekt mgr inż. K. A.-K. - 680 zł/szt., Floreko M. B. - 480 zł/szt., Sorted Sp. z o.o. - 450 zł/szt., Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni w Lublinie Sp. z o.o. - 720 zł/szt. W ramach części V wykonawcy zaproponowali następujące ceny jednostkowe dot. pozycji 23.: Architektura Zieleni Hortus R. C.-P. - 290 zł/szt., Floreko M. B. - 420 zł/szt. W ramach części VI wykonawcy zaproponowali następujące ceny jednostkowe dot. pozycji 23.: Sorted Sp. z o.o.: - 400 zł/szt., P.H.U. GITPOL G. K. - 280 zł/szt., Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni w Lublinie Sp. z o.o. - 580 zł/szt. W ramach części VII wykonawcy zaproponowali następujące ceny jednostkowe dot. pozycji 23.: Floreko M. B. - 420 zł/szt., Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni w Lublinie Sp. z o.o. - 580 zł/szt.

Zdaniem Odwołującego zastosowana przez Zamawiającego korekta została dokonana z naruszeniem ustawy Pzp. Zaistniała wątpliwość nie jest jednoznaczna, a tylko taka może zostać uznana za oczywistą. Sąd Okręgowy w Gdańsku zdefiniował pojęcie „oczywistej omyłki” i zasadnie wskazał: „Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenie lub inna niedokładność przypadkowa, która nasuwa się sama przez się każdemu. Przez oczywistą omyłkę powszechnie rozumie się błąd zwykły wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo - redakcyjnego a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Ma więc charakter proceduralno-techniczny, a nie merytoryczny, istotnym przy tym pozostaje, że oczywista omyłka w tekście oferty nie może w żadnym razie doprowadzić do zmiany jej treści - pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki nie można bowiem doprowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia.” (por. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 czerwca 2008 r., sygn.. akt. XII Ga 206/08). Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 19 czerwca 2015 r. „Zamawiający nie może potraktować zamieszczenia w ofercie dwóch wartości cen jednostkowych jako oczywistej omyłki pisarskiej, gdyż ta omyłka nie jest tego typu omyłką, że widać ją niejako na pierwszy rzut oka, ale zamawiający wie, jak taką omyłkę poprawić.” (por. sygn. akt. KIO 1195/12) Tym samym czynność dokonana przez Zamawiającego nie tylko naruszyła uzasadniony interes Odwołującego, ale także obowiązujące przepisy prawa zamówień publicznych. Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał korekty oferty złożonej przez wykonawcę Trade Projekt, gdyż w przedstawionej wycenie nie zachodził błąd w postaci dokonania nieprawidłowego działania matematycznego, a co najwyżej błąd w postaci braku podstawienia do wyceny liczby „680” zamiast liczby „68” (wskazany pierwotnie iloczyn był prawidłowy przy założeniu, że cena jednostkowa powinna wynosić 680 zł/szt). Działanie Zamawiającego w konsekwencji doprowadziło do wadliwego uznania oferty wykonawcy Trade Projekt za najkorzystniejszą. Cena dziesięciokrotnie niższa od ceny wskazanej w załączniku 5d nie jest możliwa do wyjaśnienia i nie można jej rażącego zaniżenia wyjaśnić ewentualnie innymi warunkami

terenowymi w rejonie IV czy też innymi kosztami transportu, które mogą w ostateczności skutkować kilkuzłotowymi różnicami w cenie jednostkowej.

Następnie Odwołujący podniósł, że w przypadku nie podzielenia powyższej argumentacji, nie powinno ulegać wątpliwości, że zaoferowanie przez wykonawcę Trade Projekt ceny 68 zł/szt za pozycję 23 kosztorysu stanowi zaoferowanie ceny rażąco niskiej. Za cenę rażąco niską uznać należy cenę, która jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, a więc nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających (tak min. wyrok SO w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2010 r. sygn. akt: IV Ca 1299/09, LEX nr 1713367). Zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji ceny jednostkowe usług muszą odzwierciedlać realne dla nich koszty, a odstępstwo od prawidłowego skalkulowania cen usług - bez powiązania ich z realnymi kosztami stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wykonawca Trade Projekt zastosował niedopuszczalne prawem praktyki manipulowania cenami jednostkowymi. Powołując się na orzeczenie Izby Odwołujący zauważył, że wykonawca przystępujący do postępowania o udzielenie zamówienia, składając ofertę nie ma pełnej swobody w kreowaniu cen, w szczególności nie ma możliwości oferowania cen towarów i usług poniżej cen ich zakupu (wykonania), gdyż sytuacja taka może prowadzić do zarzutu oferowania cen dumpingowych, a w konsekwencji do postawienia zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji.

Do odwołania zostały załączone: Zestawienie cen jednostkowych proponowanych przez wykonawcę Trade Projekt, Zestawienie cen proponowanych przez pozostałych wykonawców na wykonanie przedmiotu zamówienia opisanego poz. 23. Formularza wyceny.

W piśmie z 7 kwietnia 2021 r. Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w całości.

9 kwietnia 2021 r. wykonawca K. A.-K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą TRADE PROJEKT mgr inż. K. A.-K. (dalej również: „Przystępujący”), która 28 marca 2021 r. z zachowaniem wymogów ustawowych zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wniosła sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości. Następnie w piśmie z 17 maja 2021 r. przedstawiła swoje stanowisko w sprawie, załączając ofertę cenową ze Szkółki MIZAK z 3 grudnia 2020 r. dotyczącą drzew liściastych z bryłą korzeniową klasy I o obwodzie 12-15 cm, pismo Zamawiającego z 18 grudnia 2020 r. w sprawie poprawy omyłek w ofercie Trade



Projekt, oświadczenie Trade Projekt z 18 grudnia 2020 r. o wyrażeniu zgody na poprawę omyłek.

Na rozprawie Strony i Przystępujący zgłaszający sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego w całości podtrzymali swoje stanowiska.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz ww. dowody załączone do pism Odwołującego i Przystępującego, a także złożone na rozprawie przez Odwołującego w postaci: ofert cenowych, w tym Szkółki MIZAK, Projektu rewaloryzacji Parku Belzackiego w Piotrkowie Trybunalskim wraz z kosztorysem ofertowym i dwoma ofertami, ofert nasadzenia drzew w Lublinie wykonawców: P. D.- Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DRABIK” i M. B. – FLOREKO, a także ofert Lunatoc Garden, Dan EKO s.c. D. Ś. R. Ś., Szkółki B., Szkółki J., wydruków ze stron internetowych dotyczących cen wskazanych w nich drzew, wyceny palików.

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:**

Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), Stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.* Natomiast do postępowania odwoławczego zastosowanie mają przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej „ustawą NPzp”. Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.*

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając interes prawny we wniesieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., że jego oferta klasyfikuje się na drugiej pozycji. Tańsza, a tym samym wyżej sklasyfikowana w rankingu ofert jest aktualnie oferta wykonawcy Trade Projekt. W ocenie Odwołującego oferta

tego wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą, ewentualnie jego oferta powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco nisko cenę. Wybór oferty konkurencyjnej niezgodnie z ustawą Pzp pozbawia Odwołującego możliwości zawarcia umowy i następnie jej realizacji. Odwołujący w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp zostaje pozbawiony uzyskania zamówienia, a tym samym może ponieść tego tytułu znaczną szkodę.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy NPzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania Odwołujący mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

### **Następnie Izba ustaliła, co następuje:**

Jak wynika z protokołu postępowania, zamówienie zostało podzielone na 7 części (VII regionów). Część 2 (rejon II) obejmuje: utrzymanie i konserwację zieleni w pasach drogowych miasta Lublina, granice rejonu stanowią: granica miasta-ul. Spółdzielczości Prac – ul. Lubartowska – al. Tysiąclecia – ul. Mełgiewska. W skład regionu nie wchodzi al. Tysiąclecia będąca jego granicami. Część 4 (rejon IV) obejmuje utrzymanie, konserwację i renowację zieleni w pasach drogowych miasta Lublin, granice rejonu stanowią: granica miasta - ul. Abramowicka - ul. Kunickiego - linia kolejowa Warszawa-Lublin-Chełm, w skład rejonu wchodzi: ul. Kunickiego, ul. Abramowicka będące jego granicami.

Jak wynika z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego termin składania ofert upływał 3 grudnia 2020 r. Oferta Przystępującego opatrzona datą 30 listopada 2020 r. została złożona 2 grudnia 2020 r.

Zgodnie z pkt 12 SIWZ wykonawcy byli zobowiązani do przedstawienia w ofercie ceny dla każdej części oddzielnie, obejmującej wszystkie koszty związane z realizacją zadania niezbędne do jego wykonania, w tym podatek od towarów i usług w wysokości 8%. Cenę ofertową należało obliczyć na podstawie wyceny ofertowej w podany sposób, tj.:

- podać cenę jednostkową netto dla każdej pozycji (z uwzględnieniem wszystkich narzutów bez VAT),
- obliczyć wartość netto dla każdej pozycji mnożąc cenę jednostkową netto przez ilość jednostek,
- obliczyć łączną wartość netto oferty za 10 miesięcy sumując wartość netto wszystkich pozycji,
- obliczyć kwotę należnego VAT mnożąc wartość netto oferty za 10 miesięcy przez stawkę VAT 8%,

- obliczyć wartość brutto oferty za 10 miesięcy sumując wartość netto oferty za 10 miesięcy i kwotę należnego podatku VAT za 10 miesięcy.

Otrzymana wartość brutto stanowiła cenę ofertową, którą należało wpisać do formularza ofertowego.

Przewidziane dla części 2 (rejon II) Załącznik 5 b do SIWZ oraz dla części 4 (rejon IV) Załącznik 5 d do SIWZ - *Wycena ofertowa Utrzymanie, konserwacja i renowacja zieleni w rejonie II* w układzie tabelarycznym zawierały w kolumnie *Rodzaj prac opis zakresu prac i technologii wykonania*, w poz. 23 informacje przedstawione powyżej w odwołaniu oraz w kolumnie jednostka miary „szt.”, zaś w kolumnie Ilość jednostek odpowiednio „53” i „25”.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których Izba orzeka, które miały wpływ na wynik postępowania.

Stosownie do art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp: *Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie (pkt 1) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek (pkt 2).*

Na wstępie zauważenia wymaga, że za oczywistą omyłkę pisarską uznaje się w orzecznictwie i doktrynie przypadkową niedokładność, która nasuwa się każdemu bez potrzeby przeprowadzania specjalnych ustaleń, np. błąd pisarski, logiczny, przypadkowe opuszczenie wyrazu wynikające z przeoczenia lub innej wady o charakterze proceduralno-technicznym, a nie merytorycznym. Przez omyłki rachunkowe co do zasady uznaje się nieprawidłowości w ofercie, które wynikają z błędnego dokonywania działań matematycznych, sprzeciwiających się regułom matematycznym, np. polegające na nieprawidłowym zsumowaniu lub odjęciu pozycji, czy przemnożeniu cen jednostkowych przez jednostkę miary. Zamawiający jest zobowiązany ocenić, czy istotą stwierdzonej nieprawidłowości jest rzeczywiście niezamierzony błąd w działaniach na liczbach, dokonując poprawy omyłki rachunkowej musi mieć pewność, w jaki sposób ją poprawić, przy czym chodzi o jeden możliwy sposób poprawy, a nie jeden z wielu sposobów. Zamawiający nie jest bowiem uprawniony do dowolnego wyboru, który z nich jest właściwy, a nie jest możliwe dokonanie poprawy omyłek rachunkowych na skutek wyjaśnień, ponieważ pozostawałoby to w sprzeczności z oczywistością omyłki. Z uwagi na to, że chodzi o oczywistość omyłek, zamawiający dokonuje ich poprawy bez ingerencji wykonawcy, jedynie go o tym zawiadamiając.

W ocenie Izby w analizowanej sprawie zostało wykazane, że nieprawidłowość w ofercie Przystępującego w części 2 (rejon II) zamówienia nie miała charakteru

rachunkowego, jak też, że nie była to oczywista omyłka, możliwa do poprawy tylko w jeden sposób.

Jak sam Przystępujący stwierdził w swoim zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, jego błąd polegał na błędnym ręcznym przepisywaniu przez niego wszystkich pozycji z formularza ofertowego, z uwagi na to, że Zamawiający udostępnił załączniki do SIWZ będące wyceną ofertową w formie plików formatu Open Office, których jego komputery nie odczytują. W związku z tym, że pracuje zawsze na programach MS Office EXCEL, konieczne było pożyczanie przez niego laptopa obsługującego format Open Office. Po sporządzeniu formularza ofertowego na tym laptopie nie dało się przetransferować (skopiować) powstałych danych do firmowego komputera i konieczne było ręczne przepisanie wszystkich pozycji formularza ofertowego Open Office do pliku formatu MS Office EXCEL celem podliczenia oferty i wydrukowania. Wykonawca Trade Projekt w tym piśmie podał również, że „opierając się na wadliwym zał. 5b do SIWZ przepisany do formatu Excel, zawierającym oczywistą omyłkę, również pomylił się w ofercie na część IV zamówienia w zał. 5d do SIWZ (niezaskarżoną przez nikogo), gdyż tam również cena jednostkowa w poz. 23 miała w założeniu wynosić 68,00 zł. Zaś duża wartość z kolumny stanowiącej iloczyn wprowadziła w błąd sporządzającego ofertę, pełnomocnika właściciela – M. K. .”

Oznacza to, że błąd w ofercie nie był wynikiem wadliwie przeprowadzonych operacji na liczbach, lecz polegał na nieprawidłowym wpisaniu wartości do formularza wyceny, sporządzonego według załącznika 5b do SIWZ, załączonego do formularza ofertowego. Ewentualnie możliwe byłoby zatem rozważanie istnienia ofercie omyłki pisarskiej, gdyby nie to, że nie ma w tym przypadku niezbędnego jej elementu, tj. oczywistości.

Zauważenia bowiem wymaga, że w części 2 i 4 przepisany ręcznie iloczyn wskazuje na zastosowanie ceny jednostkowej wskazanej w części 4, tj. 680 a nie 68 zł. Trudno zatem uznać za wiarygodne twierdzenie zawarte w zgłoszeniu przystąpienia Trade Projekt, że swoim zamierzeniem obejmował w obydwu przypadkach cenę 68 zł za sztukę.

Ponadto w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania wykonawca Trade Projekt poinformował, że sporządzając wycenę ofertową brał pod uwagę ofertę cenową dostawcy sadzonek, z którym współpracuje od lat, stwierdzając, że uwzględniono również fakt, że jako odbiorca hurtowy, kupujący rocznie tysiące sztuk sadzonek różnych roślin, Przystępujący otrzymał od szkółki specjalną promocyjną cenę na 120 szt. Drzewek. Dlatego też, ze względu na relatywnie małą ilość wymaganych przez Zamawiającego sadzonek drzew (na to zadanie 53 szt.), można było zaoferować w tej pozycji atrakcyjną cenę. Przystępujący do swojego pisma z 17 maja 2021 r. załączył ofertę cenową z dnia 3 grudnia 2020 r. ze Szkółki

Drzewek Alejowych i Krzewów Ozdobnych P. M. w Pachnowoli, w oparciu o którą, jak stwierdził na rozprawie, opracowywał swoją ofertę w analizowanym postępowaniu. W ofercie tej stwierdzono: „W odpowiedzi na Państwa zapytanie o cenę sadzonek drzew informujemy, że z uwagi na wieloletnią współpracę w 2021 roku możemy Państwu zaproponować 121 sztuk drzew liściastych z bryłą korzeniową klasy I o obwodzie 12-15 cm, za promocyjną cenę 40 zł netto/sztuka. Oferowane sadzonki pochodzą z likwidowanego pola (wypowiedzenie dzierżawy), stąd promocyjna cena oferowanych roślin. Cena nie zawiera transportu, załadunku i zabezpieczenia sadzonek.”

W tym zakresie zauważenia wymaga, że Przystępujący na rozprawie w związku z twierdzeniami Odwołującego, że nawet przy takim koszcie zakupu drzewek nie da się zrealizować przedmiotu zamówienia opisanego w pozycji 23. za cenę 68 zł, bowiem, z przedłożonych przez niego dowodów wynika, że konieczne jest poniesienie nie tylko kosztów zakupu drzewek, robocizny, ale też m.in. kosztów zakupu niezbędnych palików w liczbie 159 (po 3 na każde drzewko), których koszt jednostkowy to 12-13 zł, jak też koszt rygli, których cena jednostkowa wynosi 3,50 zł, Przystępujący wskazał m.in., że jest to jedna z 87 pozycji zamówienia, które nie obejmuje jedynie dostawy i nasadzenia drzewek. Zaoferowana przez niego cena w poz. 23 byłaby inna, gdyby chodziło jedynie o zakres w tej pozycji, tj. gdyby chodziło o przetarg jedynie na nasadzenie drzew. Tymczasem chodzi o kompleksową usługę świadczoną do końca grudnia 2021 r., gdzie w poz. 1 przewidziany jest ryczałt, w ramach którego mogą być wykonywane prace mało rentowne. W cenie 68 zł mieściłaby się cena materiału i robocizny, natomiast marża mogłaby się mieścić w poz. 1. Tymczasem z SIWZ i stanowiska Zamawiającego przedstawionego na rozprawie wynika, że wykonawcy byli zobowiązani wycenić każdą z pozycji, uwzględnić w cenie pełny zakres przedmiotu zamówienia w niej opisany, ponieważ każda z tych pozycji ma być rozliczana odrębnie i to za każdą z nich ma następować zapłata. Obowiązkiem wykonawcy było zatem dołączenie prawidłowej wyceny każdej z pozycji oferty.

Nadto argumentacja Przystępującego oparta o ww. ofertę ze Szkołki MIZAK, budzi wątpliwości co do wiarygodności z uwagi na to, że oferta dostawcy sadzonek jest z 3 grudnia 2020 r., i jak stwierdził Przystępujący na rozprawie, w tej dacie ją otrzymał. Jest to data składania ofert w postępowaniu, jednak jak wyżej ustalono, oferta Odwołującego nosi datę 30 listopada 2020 r. i została złożona 2 grudnia 2020r., a zatem przed otrzymaniem ww. oferty dostawcy sadzonek. Trudno zatem uznać za wiarygodne twierdzenie Przystępującego, że w oparciu o tą ofertę cenową sporządził swoją kalkulację ceny poz. 23. w analizowanym postępowaniu.

W ocenie Izby powyższe oznacza, że Zamawiający nie był uprawniony do poprawy stwierdzonej rozbieżności w zastosowany przez siebie sposób, tj. do bezrefleksyjnego

przyjęcia, że chodzi o omyłkę w wyniku mnożenia, a nie omyłkę dotyczącą ceny jednostkowej. Tym bardziej, że dysponował ofertą także na część 4, gdzie cena jednostkowa na taki sam przedmiot zamówienia była dziesięciokrotnie wyższa. W okolicznościach sprawy nie było jednoznaczne, która z wielkości jest objęta oświadczeniem woli wykonawcy, natomiast porównanie treści poz. 23. formularzy wyceny ofertowej wykonawcy Trade Projekt sporządzonych według załączników 5b i 5d, gdzie trzy na cztery elementy wyceny wskazywały, że właściwa jest wielkość „680”, wskazywało raczej, że to wielkość „68” jest omyłkowo wstawiona w formularzu. Przystępujący wprawdzie twierdzi, że swoją wolą obejmował stawkę 68 zł zarówno w części 2 jak i 4 postępowania, i to obie ceny w części 4 są omyłkowo podane, tj. zarówno cena jednostkowa 680 zł, jak i iloczyn z zastosowaniem tej ceny, to jednak z oferty to nie wynika. Nie chodzi zatem o oczywistą omyłkę, możliwą do poprawy w jeden sposób bez potrzeby zajmowania w tym zakresie stanowiska przez wykonawcę Trade Projekt.

Powyższe w ocenie Izba wskazuje, że potwierdziły się podstawowe zarzuty odwołania. Z tych względów nie podlegały rozpoznaniu zarzuty odwołania postawione z ostrożności procesowej na wypadek uznania przez Izbę, że Zamawiający zasadnie dokonał poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie Przystępującego.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W analizowanej sprawie Izba stwierdziła, że zostało wykazane, że nastąpiło naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia. Musiało to skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 lit. b i § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....