

WYROK

z dnia 15 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2013 r. przez wykonawcę **WARMAZ Sp. z o.o., ul. Wejsuny 2C, 12-220 Ruciane-Nida** w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Leśne – Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Maskulińskie, ul. Rybacka 1, 12-220 Ruciane-Nida**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w pakiecie nr 1, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert z zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

2. kosztami postępowania obciąża **Państwowe Gospodarstwo Leśne – Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Maskulińskie, ul. Rybacka 1, 12-220 Ruciane-Nida** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **WARMAZ Sp. z o.o., ul. Wejsuny 2C, 12-220 Ruciane-Nida** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Państwowego Gospodarstwa Leśnego – Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Maskulińskie, ul. Rybacka 1, 12-220 Ruciane-Nida** na rzecz **WARMAZ Sp. z o.o., ul. Wejsuny 2C, 12-220 Ruciane-Nida** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Państwowe Gospodarstwo Leśne - Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Maskulińskie prowadzi w trybie przetragu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są usługi leśne na terenie Nadleśnictwa Maskulińskie w roku 2014. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym pod poz. 2013/ S 225 -392111.

W dniu 24 grudnia 2013 roku odwołujący – Warmaz Sp. z o.o. wniósł odwołanie na czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu jego oferty. Odwołujący podniósł naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wyrażające się w jego niewłaściwym zastosowaniu wobec oferty Odwołującego, której treść, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wyrażające się w zaniechaniu poprawienia w załączonym przez Odwołującego do oferty formularzu ofertowym (dla pakietu nr 1) omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, co doprowadziło do bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
3. unieważnienia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie Pakietu nr 1, podnosząc zarzut naruszenia: art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wyrażające się w jego zastosowaniu w sytuacji, gdy cena oferty Odwołującego nie przekracza środków jakie Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- a. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w pakiecie nr 1
- b. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego
- c. nakazanie zamawiającemu dokonania w ofercie odwołującego poprawienia omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z siwz i powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją zamawiającego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią siwz polegającą na niewypłnieniu przez odwołującego poz. 113 w formularzu ofertowym dla Pakietu nr 1 w części Ochrona lasu dla leśnictwa Krzyże. Wskazał, że niewypełnienie

pozycji 113 formularza ofertowego w zadaniu nr 1 należy traktować jako inną omyłkę polegającą na niezgodności treści oferty z siwz, nie powodującą istotnych zmian w treści oferty. Omyłkowy brak wyceny poz. 113 w zadaniu nr 1 nie jest zamierzonym działaniem odwołującego. Oferta została sporządzona wg wzoru, a niewypełnienie poz. 113 jest następstwem nieformalnego "przeskoczenia" na kolejną stronę oferty tejże poz. formularza ofertowego (dowód: formularz ofertowy dla pakietu nr 1). Podkreślił, że z treści oferty jednoznacznie wynika wola wykonania zamówienia z uwzględnieniem zakresu objętego poz. 113, co wynika z: dołączonego do oferty formularza ofertowego, gdzie została zamieszczona poz. 113 a także oświadczeń złożonych na formularzu oferty w pkt A, D, F. Zamiarem odwołującego jest zatem realizacja pełnego zakresu zamówienia, w sposób ściśle określony w siwz, z uwzględnieniem poz. 113. Odwołujący zwrócił szczególną uwagę na fakt, iż stawka roboczogodziny z tytułu czynności polegających na "wyszukaniu, usunięciu, niszczeniu drzew opanowanych przez grzyby", o której mowa w poz. 113, została podana w złożonej ofercie w poz. 20, 25, 32, 35-38, 41, 44, 53-58, 70-72, 75-78, 83- 84, 89- 90, 94-97, 102 tego samego formularza i wynosi 15 zł bez VAT. Dlatego, zamawiający zgodnie z zasadami logiki winien na podstawie posiadanych danych w wymienionych pozycjach dokonać poprawy omyłkowo pominiętej wyceny poz. 113, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Powołując się na orzecznictwo KIO oraz Sądów Okręgowych odwołujący wskazał, iż na mocy art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp poprawy omyłki można dokonać na dwa sposoby:

1. przez dodanie do poz. 113 omyłkowo pominiętej stawki roboczogodziny w wysokości 15 zł, dokonanie stosownych działań w skorygowanie ceny ogółem - w tym przypadku wartość poz. 113 wyniosłaby: $21,52 \text{ godz.} \times 15 \text{ zł} = 322,80 \text{ zł} + 8\% \text{ VAT} = 348,62 \text{ zł z VAT}$, a cena całej oferty (dla Pakietu nr 1): 2430.206,09 co powoduje wzrost ceny zaledwie o 0,0143.%,
2. przez wpisanie w poz. 113 stawki roboczogodziny 0zł i wartości całej pozycji 0zł.

Odwołujący zakwestionował także decyzję o unieważnieniu postępowania w pakiecie nr 1 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując, że cena jego oferty wynosząca 2 430 206,09 zł nie przekracza kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wynoszącej 2 444 667, 19 zł.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, ponadto na skutek działań zamawiającego może doznać uszczerbku w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Podstawą odrzucenia oferty odwołującego w pakiecie nr 1 była niezgodność treści oferty z treścią siwz, polegająca na braku podania w poz. 113 formularza ofertowego - w części ochrona lasu dla leśnictwa Krzyże - stawki roboczogodziny dla usług „wyszukania, usunięcia, niszczenia drzew opanowanych przez grzyby”. Okoliczności faktyczne sprawy nie budzą wątpliwości i nie są sporne między stronami. Istota sporu sprowadza się do oceny możliwości zastosowania w zaistniałym przypadku dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest eliminowanie sytuacji, w których z powodu nieistotnych omyłek w treści oferty, odrzuceniu podlegałaby oferta gwarantująca realizację zamówienia zgodnie z siwz i wymaganiami zamawiającego (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 r. Sygn. akt XII Ga 429/09). Przepis ten ma umożliwić udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom, którzy złożyli oferty zawierające omyłki, których poprawa nie wpływa w istotny sposób na zmianę treści oferty a jego zastosowanie jest niezależne od charakteru wynagrodzenia, przewidzianego w danym postępowaniu o zamówienie publiczne. Przepis ten obliguje zamawiającego do poprawienia niezgodności treści oferty z treścią siwz, jeśli zachodzą łącznie dwie okoliczności: 1) niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter omyłki i 2) poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Ocenę czy owe przesłanki zaistniały w danym stanie faktycznym należy dokonywać mając na uwadze konkretne okoliczności sprawy (*ad casum*).

Uwzględniając powyższe, Izba doszła do przekonania, iż w rozpatrywanym stanie faktycznym ziściły się obie przesłanki uprawniające zamawiającego do zastosowania dyspozycji art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Po pierwsze: okoliczności sprawy wskazują, że niezgodność treści oferty z treścią siwz ma charakter niezamierzonego, niecelowego działania wykonawcy. Powstała omyłka jest następstwem niezamierzonego błędu osoby sporządzającej kosztorys ofertowy i wynika z przeniesienia na kolejną stronę poz. 113, której wycena z uwagi na umiejscowienie na tej stronie została omyłkowo pominięta. Po drugie: poprawienie omawianej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, bowiem cena

jednostkowa niewycenionej pozycji 113 wynosi 15 zł netto, a poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp spowoduje zwiększenie łącznej ceny oferty jedynie o 348, 62 zł brutto, co przy cenie oferty wynoszącej 2 430 206, 09 zł stanowi nieistotną zmianę treści oferty. Poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie wpłynie na ranking ofert złożonych w pakiecie 1 zamówienia. Izba wskazuje także, iż poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest możliwe samodzielnie przez zamawiającego. Skoro stawka roboczogodziny za identyczną usługę polegającą na „wyszukaniu, usunięciu, niszczeniu drzew opianowanych przez grzyby” została podana w kilkunastu innych pozycjach tego samego formularza dotyczącego tego samego leśnictwa Krzyże - pakiet nr 1 i w każdym z tych przypadków jest ona identyczna, to logicznym jest przyjęcie dla niewycenionej pozycji 113 tej samej stawki 15 zł netto.

Wobec uznania, iż niezasadnym było odrzucenie oferty odwołującego w pakiecie nr 1 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na brak wypełnienia poz. 113 formularza ofertowego, za bezpodstawne należy uznać także unieważnienie postępowania w tym pakiecie w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Bez rozpoznania Izba pozostawiła inne, podnoszone przez zamawiającego w toku rozprawy, niezgodności i wady oferty odwołującego, wskazując, iż nie były one powodem decyzji zamawiającego z dnia 18 grudnia 2013 roku o odrzuceniu oferty odwołującego, co powoduje, że nie mogły być także objęte niniejszym odwołaniem i w konsekwencji zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie mogą podlegać rozpoznaniu przez Izbę w tym postępowaniu odwoławczym.

Mając na uwadze, iż wykazane naruszenia przepisów ustawy Pzp, miały wpływ na wynik postępowania, Izba uznała za zasadne uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu w pakiecie nr 1: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert z zastosowaniem dyspozycji przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: