

WYROK
z dnia 12 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2015 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. oraz Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: 44 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Krośnie Odrzańskim**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w części I i II zamówienia i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności oceny ofert oraz unieważnienie czynności poprawienia - wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: **Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. oraz Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie - oczywistej omyłki rachunkowej z dnia 18 grudnia 2015 r. i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu ww. orzeczenia;**
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: **44 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Krośnie Odrzańskim** i:
 - 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: Konsalnet Ochrona Sp.**

1

z o.o. oraz Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza od **Zamawiającego: 44 Wojskowego Oddziału Gospodarczego z siedzibą w Krośnie Odrzańskim** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. oraz Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający – 44 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Krośnie Odrzańskim prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (zwanej dalej

również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie usługi w zakresie ochrony osób i mienia realizowanej w formie stałej i bezpośredniej ochrony fizycznej obiektów oraz polegającej na stałym dozorze sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych, zgodnie z planami ochrony poszczególnych jednostek oraz zapewnienie ochrony związanej z osiągnięciem gotowości do podjęcia działań, mobilizacji, wprowadzenia stanu wyjątkowego i wojny w ramach poniższych zadań i w niżej wymienionych kompleksach wojskowych realizowane specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne, zwane dalej SUFO (część I, część II, część III)”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. oraz Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 28 grudnia 2015 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu poprawy omyłki rachunkowej w ofercie Odwołującego (część I, II, III), zarzucając naruszenie art. 87 ust. 2 pkt.2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art.91 ust. 1 w zw. z art.7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności poprawy oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Odwołującego (część I, II, III), wybór oferty Odwołującego zgodnie z ceną zaproponowaną w formularzu ofertowym.

Wobec dokonanej przez Zamawiającego czynności – t.j. czynności polegającej na dokonaniu poprawy omyłki rachunkowej w ofercie Odwołującego z dnia 18 grudnia 2015 r. – powyższa czynność stała się przedmiotem niniejszego odwołania, wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. oraz Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz

3

postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. oraz Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie, złożone wyjaśnienia jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izba ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 29 grudnia 2015 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia – w terminie przewidzianym w ustawie – żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: „Świadczenie usługi w zakresie ochrony osób i mienia realizowanej w formie stałej i bezpośredniej ochrony fizycznej obiektów oraz polegającej na stałym dozorze sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych, zgodnie z planami ochrony poszczególnych jednostek oraz zapewnienie ochrony związanej z osiągnięciem gotowości do podjęcia działań,

mobilizacji, wprowadzenia stanu wyjątkowego i wojny w ramach poniższych zadań i w niżej wymienionych kompleksach wojskowych realizowane specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne, zwane dalej SUFO (część I, część II, część III)". Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na trzy części: Część nr I - Kompleks wojskowy w Krośnie Odrzańskim Część nr II - Kompleksy wojskowe w Czerwieńsku, Zielonej Górze Część nr III- Kompleksy wojskowe w Sulechowie.

/dokumentacja postępowania: Pkt 3 SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, str. 2/.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Pkt 12 - Cena ofertowa brutto musi zawierać wszystkie koszty związane oferowaną realizacją zamówienia. Cena oferty musi być podana w złotych polskich brutto - cyfrowo i słownie z wyodrębnieniem podatku VAT naliczonym zgodnie z obowiązującymi w terminie składania oferty przepisami. Obowiązkiem składającego ofertę jest wypełnić formularz ofertowy. Podana cena ofertowa obowiązuje przez cały okres trwania umowy o udzielenie zamówienia publicznego. (...).

/dokumentacja postępowania: Pkt 5 „Opis sposobu obliczania ceny”, str. 15/.

Ponadto Zamawiający w toku niniejszego postępowania udzielał wykonawcom odpowiedzi m. in. na zadawane pytania, t.j.:

Pytanie nr 11

Ile szacunkowo roboczogodzin przewiduje Zamawiający do zrealizowania w ochronie stałej w skali miesiąca?

Odpowiedź Zamawiającego z dnia 20 listopada 2015 r.

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia oraz projekcie umowy określił ilość pracowników niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia wraz z terminami realizacji zadań ochronnych w rozbiciu na poszczególne kompleksy wojskowe objęte przedmiotową usługą. W związku z powyższym Zamawiający nie przewiduje podawania ilości roboczogodzin do wypracowania przez Wykonawcę dla poszczególnych zadań.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź Zamawiającego na pytania wykonawców z dnia 20 listopada 2015 r./.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że m. in. Odwołujący złożył ofertę w niniejszym postępowaniu:

1. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. oraz Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie – cena: 8.939.150,46 zł brutto – część I; 8.021.605,02 zł brutto – część II, 5.667.755,87 zł brutto – część III;
2. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: DGP SECURITY PARTNER Sp. z o.o. oraz DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. oraz Derśław Sp. z o.o. z siedzibą

dla lidera konsorcjum w Katowicach – cena: 10.853.138,70 zł brutto – część I, 9.159.613,20 zł brutto – część II; 6.244.587,00 zł brutto – część III.

/dokumentacja postępowania: Protokół z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, str. 5/.

Zamawiający pismem z dnia 11 grudnia 2015 r. wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. oraz Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

/dokumentacja postępowania: Wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 11 grudnia 2015 r. /.

Odwołujący pismem z dnia 14 grudnia 2015 r. udzielił Zamawiającemu stosownych wyjaśnień.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź Odwołującego z dnia 14 grudnia 2015 r./.

Zamawiający w dniu 18 grudnia 2015 r. dokonał czynności poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie Odwołującego oraz wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołującego za cenę po korekcie wynikającej z poprawienia omyłki rachunkowej z dnia 18 grudnia 2015 r.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o poprawieniu omyłki rachunkowej w ofercie Odwołującego oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 18 grudnia 2015 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. oraz Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie wnieśli odwołanie w dniu 28 grudnia 2015 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. oraz Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie z dnia 28 grudnia 2015 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby – biorąc pod uwagę argumentację niniejszej sprawy – odwołanie należało uwzględnić.

6

Izba oceniając zarzuty Odwołującego - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne oraz prawne:

Izba - oceniając zarzut dotyczący poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp - uznała, że zarzut ten potwierdził się z zebranych przez Izbę materiałów dowodowych.

Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła argumentację przedstawioną przez Odwołującego, iż w niniejszym postępowaniu nie zaistniały przesłanki do poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodzić należy się z Odwołującym, że oczywista omyłka rachunkowa to błąd w zakresie działań arytmetycznych, omyłka rachunkowa polega na uzyskaniu błędnego wyniku wyliczeń na podstawie przyjętego przez Zamawiającego wzoru. W niniejszej sprawie sytuacja przedstawiała się odmiennie. Zamawiający nie zawarł we wzorze formularza ofertowego żadnych danych wyjściowych, nie dokonał rozbicia, w tym nie wykazał ilości roboczogodzin, co potwierdził odpowiedzią na pytanie nr 11 z 20 listopada 2015 r.

W ocenie Izby – jak wskazał Odwołujący – można tym samym było dokonać własnych wyliczeń roboczogodzin na podstawie danych z opisu przedmiotu zamówienia, co wykonawcy uczynili. Zamawiający w odpowiedzi na pytania wykonawców (pytanie nr 11) podkreślił, że nie wskaże dokładnej ilości roboczogodzin. Błąd w postaci omyłki rachunkowej musi polegać na błędnym wyliczeniu - na podstawie danych wyjściowych, bezspornych – przyjętych przez Zamawiającego, tak aby można było bezsprzecznie stwierdzić niezmiennosc danych i dokonać właściwego poprawienia takiej omyłki. W niniejszym stanie faktycznym wobec nieokreślenia liczby roboczogodzin przez Zamawiającego, to wykonawcy musieli dokonać samodzielnie takich wyliczeń, zatem wobec powyższego można było wnioskować, że w tym zakresie Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę.

Nie została również spełniona przesłanka oczywistości omyłki rachunkowej. Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że omyłka, której Zamawiający dokonał poprawienia jest „oczywistą omyłką rachunkową”, gdyż oczywistość odnosi się do bardzo prostych działań arytmetycznych, niebudzących wątpliwości. W tym postępowaniu wątpliwości przy wyliczeniach roboczogodzin istniały, gdyż nie było jasne dla wykonawców czy Zamawiający dopuszcza uśrednienie ilości roboczogodzin. Ponadto nie tylko Odwołujący popełnił omyłkę

w wyliczeniu roboczogodzin, jak twierdził Zamawiający – omyłkę taką popełnił również inny wykonawca biorący udział w tym postępowaniu. Zatem nie można zgodzić się z

7

twierdzeniem, że została spełniona przesłanka „oczywistości” wynikająca z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego wskazującego na brak wpływu na wynik tego postępowania – z uwagi iż oferta Odwołującego niezależnie od dokonanej czynności poprawienia omyłki rachunkowej została uznana za najkorzystniejszą – Izba uznała, że wpływ na wynik tego postępowania należy rozumieć jako wybór najkorzystniejszej oferty za określoną przez Odwołującego cenę wyrażoną w złożonej ofercie, nie zaś sam wybór oferty wykonawcy. Przyjęcie przez Izbę, że powyższe naruszenie Zamawiającego nie ma wpływu na wynik tego postępowania mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której wykonawca pozbawiony byłby możliwości skarżenia czynności Zamawiającego polegającej na istotnej ingerencji w treść oferty wykonawcy – t.j. jego cenę – bez zgody samego wykonawcy, w szczególności że w przypadku oczywistej omyłki rachunkowej wykonawca nie miałby możliwości wyrażenia – bądź nie – zgody na ową poprawę w świetle przepisów ustawy Pzp. Zamawiający w takiej sytuacji mógłby dokonać czynności poprawienia oferty wykonawcy – która w skrajnych przypadkach mogłaby być niekorzystna dla wykonawcy – a wykonawca nie miałby możliwości zaskarżenia takiej czynności. W konsekwencji powyższe mogłoby doprowadzić do uchYLENIA się wykonawcy od podpisania umowy z Zamawiającym, co mogłoby narażać wykonawcę na sankcję w postaci zaboru wadium. Przychylając się do stanowiska Zamawiającego Izba wyraziłaby zgodę na dopuszczenie w obrocie ofert wadliwych i niezgodnych z przepisami ustawy Pzp.

W konsekwencji – również wobec cofnięcia przez Odwołującego na posiedzeniu zarzutu dotyczącego części III - Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części I i II oraz unieważnienia czynności oceny ofert a także unieważnienia czynności poprawienia - wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. oraz Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie - oczywistej omyłki rachunkowej z dnia 18 grudnia 2015 r. i powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i

8

sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

9