

WYROK
z dnia 29 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Marek Szafraniec
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Patrycja Kaczmarek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Ryszarda Walickiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Śląski Zakład Pogrzebowy „FIRMA WALICKI”, 41-902 Bytom, ul. Piekarska 99** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Prokuraturę Okręgową w Katowicach, 40-042 Katowice, ul. Wita Stwosza 31** protestu z dnia 21 stycznia 2010 r.

przy udziale wykonawcy **Calia Różańscy Sp. z o.o., 41-250 Czeladź, ul. Szpitalna 19**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz

przy udziale wykonawcy **Usługi pogrzebowe s.c., Renata Brauner i Artur Brauner, 41-500 Chorzów, ul. Pułaskiego 11**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Ryszarda Walickiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Śląski Zakład Pogrzebowy „FIRMA WALICKI”, 41-902 Bytom, ul. Piekarska 99**

1

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Ryszarda Walickiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Śląski Zakład Pogrzebowy „FIRMA WALICKI”, 41-902 Bytom, ul. Piekarska 99,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Ryszarda Walickiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Śląski Zakład Pogrzebowy „FIRMA WALICKI”, 41-902 Bytom, ul. Piekarska 99.**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi przewozu i przechowania zwłok ludzkich oraz wynajęcia sali sekcyjnej, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego - Prokuraturę Okręgową w Katowicach, wykonawca - Ryszard Walicki, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Śląski Zakład Pogrzebowy „Firma Walicki” w częściach II, VI, VII, XI zamówienia złożył protest, a następnie odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp:

1. art. 85 ust. 2 w zw. z art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na nieprawidłowym wezwaniu do przedłużenia związania ofertą,

2. art. 92 ust. 1 pkt 1 oraz art. 92 ust. 2 ustawy Pzp, polegające na nieprawidłowym zawiadomieniu wykonawców o wyborze oferty,
3. art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie odwołującego

oraz wnosząc o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. powtórzenie czynności badania ofert,
3. przywrócenie oferty złożonej przez odwołującego w w/w częściach i uznanie, że jego oferta została sporządzona zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2

4. powtórzenie czynności składających się na proces wyboru oferty najkorzystniejszej w odniesieniu do w/w części,
5. wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej, w odniesieniu do w/w części,
6. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Jednocześnie odwołujący podniósł, że wskazane uchybienia proceduralne mogą stanowić okoliczności wymienione w art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp i w przypadku oddalenia odwołania stanowić będą podstawę do unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 7 ustawy Pzp, o co alternatywnie wniósł odwołujący.

Odnosnie naruszenia art. 85 ust. 2 oraz art. 181 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że w dniu 13.01.2010 r. zamawiający zwrócił się do niego z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, wskazując równoczesną konieczność przedłużenia okresu ważności wadium, podkreślił przy tym, że zamawiający nie wskazał w wezwaniu terminu upływu pierwotnego związania ofertą, ani też terminu, w jakim ewentualna zgoda na jego przedłużenie winna zostać przekazana zamawiającemu.

Podał, że termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upłynął w dniu 09.11.2009 r., co wobec wskazanego w SIWZ 60 - cio dniowego okresu związania ofertą oznacza, że termin ten upłynął w dniu 07.01.2010 r.

Odwołujący podniósł, przywołując treść przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, że zamawiający winien był zwrócić się o przedłużenie terminu związania ofertą co najmniej na 3 dni przed dniem 07.01.2010 r., co oznacza, że wezwanie otrzymane w dniu 13.01.2010 r. zostało skierowane po upływie wymaganego w tym przypadku terminu, a w konsekwencji, że ogłoszenie o wyborze oferty najkorzystniejszej, datowane na dzień 14.01.2010 r., opublikowane na stronie internetowej zamawiającego oraz przekazane wykonawcom po upływie terminu związania ofertą pozostaje bezskuteczne, zaś przedmiotowe postępowanie winno zostać unieważnione na mocy art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ponieważ obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Według odwołującego skierowanie przez zamawiającego wezwania w dniu 13.01.2010 r. było konsekwencją bezzasadnego zastosowania w tym przypadku art. 181 ust. 1 ustawy Pzp wobec potraktowania zastrzeżeń wykonawcy Calia Różańscy Sp. z o.o. jako protestu, w sytuacji, gdy pismo wniesione do zamawiającego w dniu 18.11.2009 r. przez tego wykonawcę nie nosi znamion protestu w rozumieniu ustawy, o czym odwołujący poinformował zamawiającego w dniu 23.11.2009 r.

Argumentował, po przywołaniu treści przepisu art. 180 ust. 1 i 180 ust. 8 ustawy Pzp oraz wyjaśnieniu, że do dnia 20.11.2009 r. włącznie zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, że na ówczesnym etapie postępowania wskazany wykonawca nie był w stanie wykazać własnego interesu prawnego, ponieważ zamawiający nie dokonał jeszcze

3

ostatecznej oceny złożonych ofert i nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, a co za tym idzie, nie mógł, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp stwierdzić, czy ów interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub mógł doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, a nadto, że wykonawca Calia Różańscy Sp. z o.o. nie wskazał w swoim piśmie oprotestowanej czynności.

Odnosnie naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 oraz art. 92 ust. 2 ustawy Pzp, przywołując treść tych przepisów podał, że w dniu 14.01.2010 r. o godz. 13:11 zamawiający zamieścił na

swojej stronie internetowej zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, zaś odwołujący otrzymał wyżej wymienione zawiadomienie dopiero w dniu 18.01.2010 r., co w ocenie odwołującego oznacza, że zamawiający nie dokonał ustawowo wymaganej czynności, którą jest zawiadomienie wykonawcy, który złożył ofertę, w sposób wymagany w ustawie, tj. w terminie niezwłocznym.

Nadto podniósł, że zawiadomienie umieszczone przez zamawiającego na stronie internetowej nie zawiera wszystkich ustawowo wymaganych informacji, tj. nie zawiera nazw (firm), siedzib i adresów wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, a jedynie dane tych nieodrzuconych, co oznacza, brak ustawowo wymaganej informacji o tym, przez kogo ta oferta została złożona.

Wskazał, że dopiero pismo otrzymane przez odwołującego w dniu 18.01.2010 r. zawiera wszystkie wymagane informacje.

Odnosnie naruszenia art. 87 ust. 2 ustawy Pzp odwołujący podał, że zamawiający odrzucił jego ofertę powołując się na niezgodność z treścią SIWZ.

W opinii odwołującego niezgodności te podlegają poprawie na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wyjaśnił, odnośnie nie umieszczenia w swojej ofercie kwot za 1 kilometr przewozu zwłok poza granicami administracyjnymi Prokuratury, że:

1. w zakresie części zamówienia, na które złożył ofertę (Bytom, Chorzów, Katowice Centrum - Zachód, Katowice Wschód, Siemianowice Śląskie) zamawiający w formularzu ofertowym koszt za przewóz zwłok ludzkich uwzględnił ilościowo jedynie dla miasta Chorzowa, do pozostałych miast w podanym w SIWZ sposobie obliczenia łącznej ceny oferty ilość określono jako „0”,
2. nie zastosował rozróżnienia cenowego w podziale na miasta, dla tych elementów zamówienia, na które rozmieszczenie geograficzne nie ma wpływu, ponieważ taki sam jest koszt przewozu zwłok ludzkich na terenie każdego z miast, które obejmowała oferta i brak jest podstaw do rozróżnienia cenowego ze względu na czynniki takie jak koszt paliwa, amortyzacji pojazdu, ubezpieczenia samochodu, koszt pracowników oraz worka do przewozu zwłok, ponieważ koszty te, ponoszone przy obsłudze różnych miast, są w tym przypadku jednakowe. Wskazał zatem, że

4

kwota za 1 km przejazdu przyjęta dla miasta Chorzowa, tj. 0,93 zł netto, jest kwotą obowiązującą dla każdego z rejonów,

3. podczas przygotowywania oferty korzystał z kalkulacyjnego programu komputerowego, w wyniku czego, w pozycjach nieokreślonych ilościowo przez zamawiającego, wyżej wymieniony koszt przewozu, jednakowy dla każdej z części postępowania, przemnożony przez ilość „0” dawał automatycznie wynik „0 zł”,
4. wymagana przez zamawiającego konstrukcja formularza ofertowego mogła doprowadzić do powstania sytuacji niebezpiecznych dla samego zamawiającego, a także narazić go na powstanie zarzutu niegospodarności, ponieważ należy wyobrazić sobie sytuację, w której potencjalny wykonawca zaoferowałby koszt za 1 km przewozu na poziomie nieuzasadnienie wysokim właśnie dla tych miast, w których ilość w tej pozycji została zdefiniowana jako „0”. Po przemnożeniu takiej ceny przez ilość „0”, wynik, co jest równoznaczne z łączną ceną oferty w danej części, pozostałby niezmienny, a oferta uzyskałaby najwyższą ocenę punktową i została wybrana jako najkorzystniejsza. Jednak w sytuacji, gdyby zaistniała konieczność skorzystania z takiej usługi, koszt poniesiony przez zamawiającego byłby nieadekwatny w stosunku do wartości zamówienia, bo zgodnie z zapisami SIWZ, wykonawca taki otrzymałby wynagrodzenie według zaproponowanej stawki jednostkowej.

Odwołujący zaproponował, aby wyżej wymienione zapisy w formularzu ofertowym potraktować i poprawić zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako inne omyłki, polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, tj. we wszystkich miastach, które obejmuje oferta, koszt przewozu za 1 km należałoby uwzględnić na poziomie wskazanym dla miasta Chorzowa, tj. na poziomie 0,93 zł netto. W ocenie odwołującego korekta ta nie spowodowałaby istotnych zmian w treści oferty, ponieważ nie wpłynęłaby na łączne ceny oferty w poszczególnych częściach i nie zmieniłaby tym samym położenia oferty odwołującego w rankingu punktowym.

Zamawiający protest oddalił wskazując, że pismem z dnia 13.01.2010 r. zwrócił się do wykonawców z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni oraz, że odwołujący w odpowiedzi udzielonej w tym samym dniu wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą. Podkreślił, że protestujący nie zgłaszał jakichkolwiek zastrzeżeń co do prośby zamawiającego, jej celowości czy terminowości.

Nadto podał, że poinformował o wniesionym proteście, które to pismo odwołujący otrzymał 20.11.2009 r. oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu, a także pouczył, że uczestnikami postępowania

5

toczącego się w wyniku protestu stają się wykonawcy, którzy mają interes prawny w tym, aby protest został rozstrzygnięty na korzyść jednej ze stron i którzy przystąpili do postępowania. Wyjaśnił, że w takim przypadku bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu.

Odnośnie naruszenia przepisu art. 92 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający stwierdził, że ściśle wypełnił dyspozycję wynikającą z zapisów tych artykułów, ponieważ przekazał wykonawcom w dniu 14.01.2010 r. pismo (zamieścił na stronie internetowej informacje) dokładnie odzwierciedlające treść tego artykułu.

Odnośnie zaniechania czynności wskazanej w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający stwierdził, że nie zaistniały okoliczności, które umożliwiłyby zamawiającemu dokonanie takich poprawek, na potwierdzenie czego wskazał szereg wyroków Krajowej Izby Odwoławczej.

Wyjaśnił, że oferta protestującego podlega odrzuceniu stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ w częściach II, VI, VII i XI nie wskazano cen jednostkowych za przewóz zwłok ludzkich poza granicami administracyjnymi miasta, siedziby Prokuratury.

Wskazał, że wykonawca miał obowiązek wypełnić formularz ofertowy ściśle według wskazówek zawartych w SIWZ, zaś w przypadku, gdy jakkolwiek część dokumentów nie dotyczy wykonawcy miał on wpisać "nie dotyczy".

Na podstawie ogłoszenia o zamówieniu (2009/S 190-273622), specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofert złożonych w częściach II, VI, VII i XI zamówienia, pisma zamawiającego z dnia 13.01.2010 r. znak: ZP 12z/2009 z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, pisma odwołującego z dnia 13.01.2010 r., w którym odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą i wadium, oświadczeń oraz stanowisk stron i przystępujących, zaprezentowanych w proteście, przystąpieniach do postępowania protestacyjnego, rozstrzygnięciu protestu, przystąpieniach do postępowania odwoławczego, odwołaniu, a także oświadczeń i stanowisk stron oraz jednego z przystępujących złożonych ustnie do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie przed dniem 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

6

Izba ustaliła także, że odwołujący posiadał interes prawny do wniesienia tak protestu, jak i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutów, że zamawiający niezasadnie unieważnił postępowania w części II zamówienia, bezprawnie odrzucił ofertę odwołującego w części VI, VII i XI, oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia we wskazanych częściach, ponieważ to jego oferta byłaby wówczas ofertą z najniższą ceną w postępowaniu, w którym jedynym kryterium wyboru jest właśnie cena (Rozdział VIII SIWZ). Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka niezbędna do rozpoznania odwołania, wynikająca z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut nieprawidłowego wezwania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą, czym zamawiający naruszył przepis art. 85 ust. 2 w zw. z art. 181 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Swoje twierdzenie o zbyt późnym, a tym samym niezgodnym z przepisem art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wezwaniu wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą odwołujący oparł na założeniu, że pismo wykonawcy Calia Różańscy Sp. z o.o. z dnia 17.11.2009 r. nie może być uznane za protest w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby założenie to jest błędne, ponieważ już sam fakt zatytułowania pisma jako „Protest strony postępowania” i wskazanie, że jest on wnoszony „na zasadzie przepisów ustawy prawa zamówień publicznych” obligowało zamawiającego do podjęcia działań przewidzianych w art. 181 ust. 3 ustawy Pzp, tj. niezwłocznego przekazania wykonawcom kopii wniesionego protestu oraz wezwania ich do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku jego wniesienia.

Z tych samych względów zastosowanie musiał znaleźć w takiej sytuacji przepis art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, tj. bieg terminu związania ofertą, wobec wniesienia protestu po upływie terminu związania ofertą, uległ zawieszeniu.

Zawartość i treść tego pisma - protestu ma natomiast znaczenie dla sposobu rozstrzygnięcia tego środka ochrony prawnej, tj. uznania, że podlega on bądź nie merytorycznemu rozpoznaniu.

Reasumując, wniesienie przez wykonawcę, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pisma zatytułowanego protest, po upływie terminu składania ofert, z powołaniem się na działanie na zasadzie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przesądza, niezależnie od jego zasadności, czy przedwczesności, o zawieszeniu biegu terminu związania ofertą z mocy prawa, tj. z mocy przepisu art. 181 ust. 1 ustawy Pzp do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu.

Wobec błędnego założenia odwołującego, na którym oparł swój zarzut Izba uznała, że zamawiający w sposób prawidłowy, tj. z zachowaniem co najmniej 3 dniowego okresu

7

przed upływem terminu związania ofertą zwrócił się do wykonawców z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu, przy czym z treści pisma zamawiającego w tej sprawie (pismo z dnia 13.01.2010 r. znak: ZP 12z/2009) jednoznacznie wynika, że przedłużenie to nastąpić miało „o oznaczony okres 60 dni”, a także że jest to możliwe „tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium”.

Izba wskazuje nadto, że brak w przepisie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp obowiązku zamawiającego, polegającego na informowaniu w treści wezwania (prośby) o terminie upływu pierwotnego związania ofertą, jak też o terminie, w którym ewentualna zgoda winna zostać przekazana zamawiającemu. Oczywistym jest, że zgoda ta winna dotrzeć do zamawiającego przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą, którego zakończenie winien monitorować sam wykonawca, ponieważ tylko w takim przypadku zachowana zostanie ciągłość terminu związania ofertą.

Trafnie też podkreślał zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, że odwołujący w odpowiedzi na pismo zamawiającego z 13.01.2010 r., udzielonej w tym samym dniu wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, nie zgłaszając jakichkolwiek zastrzeżeń w tym zakresie.

Zarzut nieprawidłowego zawiadomienia wykonawców o wyborze oferty, czym zamawiający naruszył przepis art. 92 ust. 1 pkt 1 oraz art. 92 ust. 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Swoje twierdzenie o nieprawidłowym zakresie informacji o wynikach postępowania zamieszczonej na stronie internetowej odwołujący oparł na założeniu, że obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z przepisu art. 92 ust. 2 ustawy Pzp było objęcie tym zakresem informacji o nazwie (firmie), siedzibie i adresie wykonawców, których oferty zostały odrzucone.

W ocenie Izby założenie to jest błędne, ponieważ brzmienie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, do którego odsyła przepis art. 92 ust. 2 ustawy Pzp uprawnia jedynie do wniosku, że podanie informacji o nazwie (firmie), siedzibie i adresie wykonawców dotyczy jedynie tych z nich, których oferty podlegały ocenie, a zatem tych, które nie zostały przez

zamawiającego odrzucone, o czym świadczy sformułowanie: „wykonawców, którzy złożyli oferty wraz ze streszczeniem oceny i porównania ofert zawierającym punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację”. Skoro oferty odrzucone nie mogą być poddane ocenie, to tym samym nie jest możliwe podanie ich punktacji.

Izba nie znalazła także podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 92 ust. 1 ust. 1 ustawy Pzp z tego powodu, że w dniu 14.01.2010 r. o godz. 13:11 zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, zaś odwołujący otrzymał zawiadomienie w dniu 18.01.2010 r.

8

Przedewszystkim zakres informacji zamieszczanych na stronie internetowej i przekazywanych indywidualnie poszczególnym wykonawcom jest różny (są to inne informacje), ponieważ zakres informacji zamieszczanych na stronie internetowej obejmuje jedynie te, o których mowa w art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, nie zawiera natomiast tych o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone oraz o tych wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania (art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp).

W ocenie Izby odmienny zakres informacji zamieszczanych na stronie internetowej oraz informacji kierowanych do wykonawców, a także odmienny sposób co do sposobu przekazywania tych informacji (strona internetowa oraz np. faks czy list polecony), dodatkowo wobec braku ustawowego wymogu jednoczesnego przekazywania tych informacji pozwala przyjąć, że poprzez doręczenie odwołującemu pełnej informacji o wynikach postępowania w dniu 18.01.2010 r., tj. trzy dni po zamieszczeniu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej na stronie internetowej (co nastąpiło 14.01.2010 r.) zamawiający dochował wymaganego przepisem art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wymogu niezwłocznego zawiadomienie o wynikach postępowania.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że dopiero doręczenie wykonawcy pełnej informacji o wynikach postępowania rozpoczyna bieg terminu na złożenie protestu, co oznacza, że uprawnienia wykonawcy w zakresie środków ochrony prawnej w żaden sposób nie zostają uszczuplone w przypadku innego terminu dotarcia do wykonawcy informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej niż ten, w którym informacja została zamieszczona na stronie internetowej.

Zarzut zaniechania poprawienia omyłki w ofercie odwołującego, czym zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Kluczową dla rozstrzygnięcia odwołania w tym zakresie jest kwestia, czy przedmiotem tego postępowania o zamówienie publiczne w przypadku części II (Bytom), VI (Katowice Centrum - Zachód), VII (Katowice Wschód), XI (Siemianowice Śląskie) w ogóle objęto przewóz zwłok ludzkich poza granicami administracyjnymi miasta, siedziby Prokuratury.

W ocenie Izby analiza treści postanowień SIWZ wskazuje, że zamówieniem we wskazanych częściach objęto również przewóz zwłok ludzkich poza granicami administracyjnymi miasta, siedziby Prokuratury.

Izba ustaliła, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia w Dziale 4 SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”. Podano w nim, że przedmiotem tym jest „usługa przewozu i przechowywania zwłok ludzkich oraz wynajęcia Sali sekcyjnej”, z doprecyzowaniem, że usługa dotyczy przewozu z miejsca zdarzenia do miejsc wskazanych przez przedstawiciela zamawiającego lub funkcjonariusza Policji.

9

Jednocześnie w Dziale tym zamawiający podał oszacowanie wielkości zapotrzebowania na usługi przewozu zwłok na okres jednego roku na podstawie zleceń za okres od 01.09.2008 do 31.08.2009 r., zamieszczając tabelę, w której wskazał kolumny:

1. Prokuraturę rejonową,
2. ilość przewozów,
3. ilość wynajmów sal sekcyjnych,
4. ilość przechowań zwłok [doba],
5. ilość [km] poza granicami administracyjnymi

oraz wpisując w poszczególnych kolumnach - odpowiednio dla 13 Prokurator rejonowych

(13 części zamówienia) konkretną wielkość liczbową, „0” albo wpisując „-”.

Wbrew pierwszemu wrażeniu, jakie można odnieść użycie „0” oraz „-” nie oznacza tego samego, tj. że wskazują one, iż dany element usługi (przewóz, wynajem, przechowanie zwłok, przewóz poza granicami administracyjnymi) nie dotyczy danej prokuratury, a zatem że nie objęto tych elementów zakresem zamówieniem.

O przypisaniu im przez zamawiającego odmiennego znaczenia świadczy fakt, że tylko w przypadku symbolu „-” zamawiający podał jego znaczenie jako „nie dotyczy Prokuratur Rejonowych w Jaworznie, Mikołowie, Mysłowicach, Pszczynie, Tychach”.

Ani takiego, ani żadnego innego objaśnienia nie zawiera użycie przez zamawiającego „0”, co w kontekście informacji, że podane w tabeli dane zostały oszacowane na podstawie zleceń z wcześniejszego okresu prowadzić może jedynie do wniosku, że w okresie będącym podstawą szacunku nie było zleceń wyzerowanego elementu usługi, co jednak w ocenie Izby nie pozwala przyjąć, że w ramach tego postępowania zamawiający nie będzie zlecał również tych elementów. Potwierdzeniem takiego rozumienia zakresu zamówienia jest konsekwentna konstrukcja formularzy ofertowych sporządzonych przez zamawiającego w odniesieniu do poszczególnych części. O ile bowiem w przypadku tych części zamówienia, w których znalazły się elementy usługi opisane jako „-”, w formularzach ofertowych brak jest wyszczególnienia tych elementów (pozycji), o tyle w tych częściach zamówienia, w których znalazły się elementy (pozycje) opisane jako „0” w formularzach ofertowych wyszczególniono te pozycje.

Konsekwencja zamawiającego wskazuje na celowe działanie zamawiającego.

Wobec powyższego Izba uznała, że w częściach II, VI, VII i XI, w przypadku których przewozów zwłok ludzkich poza granicami administracyjnymi miasta, siedziby Prokuratury opisano jako „0” i w przypadku których formularze ofertowe wyszczególniały ten element, wykonawcy mieli obowiązek podać cenę za 1 km tego przewozu netto, stawkę podatku VAT i jego wartość w złotych, a także cenę brutto, jak wynika to wprost z opisu kolumn 3 - 6 poszczególnych formularzy ofertowych.

10

Bezsporny między stronami był fakt, że we wskazanych częściach odwołujący nie podał tych cen.

Drugą istotną dla rozstrzygnięcia odwołania jest kwestia, czy zamawiający winien poprawić ten brak, tj. potraktować go jako inną omyłkę, polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czego domagał się odwołujący w uzasadnieniu protestu i odwołania).

W ocenie Izby brak ten nie może zostać zakwalifikowany jako omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ zamawiający - wbrew twierdzeniom odwołującego - nie ma podstaw do przyjęcia ceny przewozu zwłok ludzkich poza granicami administracyjnymi miasta, siedziby Prokuratury za 1 km, jaką odwołujący wyliczył i podał dla części III (Chorzów). Samo bowiem twierdzenie przez odwołującego na etapie postępowania protestacyjnego i odwoławczego, że cena wskazana w przypadku części III jest także właściwa dla pozostałych części jest w ocenie Izby niewystarczające. Nie można bowiem wykluczyć, że podobnie jak wykonawca - Usługi Pogrzebowe s.c. Renata i Artur Brauner odwołujący nie przyjąłby różnych cen za takie same czynności przewozu poza granicami administracyjnymi innego miasta. Ceny te w ofercie wskazanego wykonawcy wynosiły bowiem 0,91 zł brutto dla części III i aż 1,58 zł brutto dla części VI i XI.

Reasumując, w ocenie Izby poprawienie omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w szczególności uzupełnienie oferty odnoszącej się do jednej części zamówienia o cenę jednostkową wskazaną w ofercie odnoszącej się do innej części zamówienia w sytuacji istnienia wątpliwości co do możliwości przyjęcia tożsamości tych cen, nie jest dopuszczalne.

Na marginesie Izba wskazuje, że podziela stanowisko odwołującego co do tego, że opracowany przez zamawiającego wzór obliczenia ceny ofertowej, służącej porównaniu na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej mógł potencjalnie narazić zamawiającego na wygórowane stawki za 1 km przewozu zwłok ludzkich poza granicami administracyjnymi miasta, siedziby Prokuratury w tych częściach, w których szacunek z okresu poprzedniego wynosił „0”, skoro przemnożenie przez „0” każdej wartości musiało dać wynik „0” dla tego elementu.

Wobec powyższego, Izba nie znalazła podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia żadnego ze wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp i w oparciu o przepis art. 191 ust.1 ustawy Pzp zdanie pierwsze orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

11

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

12