

WYROK
z dnia 9 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 stycznia** 2012 r. w Warszawie odwołania z dnia 23 grudnia 2011 r. wniesionego przez wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o. o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** w postępowaniu prowadzonym przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, 50-984 Wrocław, ul. Obornicka 126,**

przy udziale wykonawcy **Pani Beaty Laskowskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą „Blask” Beata Laskowska, 68-100 Żagań, ul. Henryka Brodatego 8/4** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części XIV oraz ponownie dokonać czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Rejonowy Zarząd Infrastruktury we Wrocławiu, ul. Obornicka 126, 50-984 Wrocław
i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę

IMPEL CLEANING Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Rejonowy Zarząd Infrastruktury we Wrocławiu, ul. Obornicka 126, 50-984 Wrocław** na rzecz wykonawcy **IMPEL CLEANING Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Rejonowy Zarząd Infrastruktury we Wrocławiu, ul. Obornicka 126, 50-984 Wrocław wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Świadczenie usług w zakresie kompleksowego utrzymania czystości (XXI części)«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z 29 stycznia 2004 r. –

Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 października 2011 r. pod nrem 2011/S 203-330451.

Zamawiający zawiadomił 16 grudnia 2011 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Blask Beata Laskowska, ul. Henryka Brodatego 8/4, 68-100 Żagań.

Wykonawca IMPEL CLEANING Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 23 grudnia 2011 r. do Prezesa KIO odwołanie na naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przy czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w zakresie Części XIV;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą tj. oferty złożonej przez wykonawcę: „BLASK” Beata Laskowska, ul. Henryka Brodatego 8/4 w Żaganiu (68-100), w zakresie Części XIV;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy „BLASK”, gdyż zawiera rażąco niską cenę, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie Części XIV;
- 4) art. 91 ust. 1 Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej, w zakresie Części XIV.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

3

-
- 1) nakazanie zamawiającego odrzucenia na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 Pzp, oferty uznanej za najkorzystniejszą w zakresie części XIV, złożonej przez wykonawcę „BLASK”;
 - 2) uchylenia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty w zakresie Części XIV złożonej przez wykonawcę: „BLASK”;
 - 3) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania w zakresie Części XIV.

Argumentacja odwołującego

Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ w razie uwzględnienia odwołania oferta odwołującego, w zakresie Części XIV – jako najtańsza – będzie ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący, 16 grudnia 2011 r. na podstawie przekazanego, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, uzyskał informację, że jako najkorzystniejsza w postępowaniu, w zakresie Części XIV, uznana została oferta złożona przez wykonawcę: „BLASK”.

W ocenie odwołującego, czynność dokonana przez zamawiającego jest bezpodstawną i nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym gdyż:

1. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, w zakresie Części XIV, zobowiązany był złożyć wraz z ofertą kalkulację cenową sporządzoną według zasad i z uwzględnieniem danych zawartych w przedstawionym przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „specyfikacji” bez bliższego określenia), arkusza kalkulacyjnym.

Wykonawca „BLASK” w zakresie Części XIV ww. złożył arkusz, który nie odpowiada wymogom zgodności co do treści określonym przez zamawiającego formularzem wynikającym z ustawy.

Zgodnie z postanowieniami specyfikacji, przedstawiany wraz z ofertą arkusz kalkulacyjny, w tabeli nr 1 poz. 2 oraz w tabeli nr 3 poz. 2, zawierać powinien wycenę czynności polegającej na: odśnieżaniu, posypywaniu piaskiem i środkami rozpuszczającymi śnieg i lód (zgodnie z obowiązującymi przepisami) ciągów komunikacyjnych, wejść do budynków, schodów itp. oraz wywozie śniegu – w przypadku wystąpienia opadów śniegu, marznącego deszczu, oblodzenia nawierzchni, gołoledzi, w uzgodnieniu z kierownikiem

WAK (od listopada do marca).

Wykonawca „BLASK” wbrew żądaniu zamawiającego, w ww. pozycjach tabel 1 i 3, zobowiązał się do wykonywania czynności odśnieżania (...), ale wyłącznie w przypadku, gdy nie wystąpią opady śniegu, marznącego deszczu, oblodzenia nawierzchni, gołoledzi, tj.

4

zaferował świadczenie niemożliwe, a ponadto niezgodne z żądaniem zamawiającego wskazanym w specyfikacji. Tym samym ww. wykonawca nie tylko zobowiązał się do zachowania, które nie może być zrealizowane według kryteriów obiektywnych przez żadną osobę (wyrok Sadu Najwyższego z 18 maja 2011 r. sygn. akt III CSK 217/10), ale także złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji. Zgodnie z ustalonym poglądem orzecznictwa i doktryny: „norma art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, odnosi się do merytorycznego aspektu zaferowanego przez wykonawcę świadczenia, oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymaganiami zamawiającego” (wyrok KIO z 26 maja 2011 r. sygn. akt: KIO 997/11). Pogląd odpowiadający wyżej przywołanemu wyrażony został przez Krajową Izbę Odwoławczą również w wyrokach o sygnaturach: KIO/UZP 871/08 – „za ofertę nie odpowiadającą treści specyfikacji należy uznać ofertę, która w szczególności proponuje odmienny niż tego wymaga zamawiający przedmiot zamówienia – w tym rodzaj materiału. Przesłanka określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest przesłanką bezwzględnie obowiązującą”; KIO/UZP 535/08 – „ofertą nie odpowiadającą treści specyfikacji jest oferta sporządzoną odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji”; KIO/UZP 318/10 – „za nie odpowiadającą treści specyfikacji należy uznać ofertę, która proponuje niewystarczającą ilość przedmiotu zamówienia w stosunku do wymagań określonych przez zamawiającego”.

W związku z powyższym, w ocenie odwołującego, oferta wykonawcy „BLASK” z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Nie sposób również uznać, ww. oświadczenia (oferty) jako zawierającego omyłkę pisarską lub też inną omyłkę, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp. Omyłkę pisarską kwalifikuje się jako widoczną, niezamierzoną niedokładność, błąd pisarski lub inną podobną usterkę w tekście (wyrok KIO z 10 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 265/08). Inną omyłką jest natomiast każda inna niż wskazana w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp omyłka, niekoniecznie oczywista, pod warunkiem, że jej poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty a sposób jej poprawienia niejako „narzuca” się zamawiającemu (wyrok KIO z 20 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 11/09; wyrok KIO z 7 czerwca 2011 r., sygn. akt: KIO 1105/11). W ocenie odwołującego w przedmiotowej sprawie oświadczenie złożone przez wykonawcę „BLASK” jest obciążone wadą, która nie spełnia przesłanek omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp. Treść złożonego przez ww. wykonawcę oświadczenia, jednoznacznie wskazuje rodzaj czynności i okoliczności od zaistnienia, których wykonawca uzależnia spełnienie świadczenia. Poprawa ww. omyłki

5

przez zamawiającego, zdaniem odwołującego, skutkować może, niedopuszczalną na gruncie ustawy, istotną zmianą treści oferty.

2. Odwołujący stwierdza, że zaproponowanie przez wykonawcę ceny ofertowej o ponad 42% niższej od oferty odwołującego przesądza jednoznacznie i bezspornie o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji oraz potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Cena zaproponowana przez wybranego wykonawcę w jego ofercie ma charakter rażąco niskiej ceny. Cena ofertowa jest zatem niewiarygodna i nierealistyczna w porównaniu do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, cen rynkowych podobnych zamówień, jak również kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia.

Deklaracja wykonawcy w zakresie realizacji zamówienia za powyższą cenę grozi zamawiającemu nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.

Kalkulacja wynagrodzenia na takim poziomie stanowi bezspornie czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis ten stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Ponadto działaniem spełniającym przesłanki uznania danego działania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Jeżeli działania podejmowane przez przedsiębiorcę nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.

Wobec powyższego odwołujący wnosí jak na wstępie.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 23 grudnia 2011 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 27 grudnia 2011 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

Wykonawca Blask Bewta Laskowska, ul. Henryka Brodatego 8/4, 68-100 Żagań złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia po

6

stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania 28 grudnia 2011 r. (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w zakresie Części XIV – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający żądał przedstawienia zakresu prac porządkowych w arkuszu kalkulacyjnym i podania cen jednostkowych. Przystępujący na str. 45 oferty podał, że będzie wykonywać odśnieżanie, posypywanie piaskiem itp. czynności cyt. „w przypadku gdy nie występują opadów śniegu [...] od listopada do marca” za cenę jednostkową 0,03 zł/m².

Ogólnie przystępujący zaoferował 179.146,93 zł, jako kwotę, za którą wykona zamówienie w zakresie XIV części, wobec kwoty 310.966,34 zł, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W związku z tym zamawiający zwrócił się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp. Przystępujący w odpowiednim terminie złożył ogólne wyjaśnienia, które nie dotyczyły faktu, że wykonawca ten nie będzie zobowiązany do wykonywania odśnieżania, posypywania piaskiem itp. czynności w okresie od listopada do marca. Zamawiający przyjął te wyjaśnienia i uznał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, zamawiający uznał, że w ofercie wystąpiło uchybienie, jednak nie powodujące, że oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, czyli ze względu na niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji. Zamawiający podkreślił, że inne postanowienia specyfikacji zabezpieczają jego interes. Ponadto zamawiający stwierdził, że arkusze kalkulacyjne w systemie wynagradzania ryczałtowego, który ma obowiązywać na podstawie § 7 projektu umowy, mają jedynie

znaczenie pomocnicze. Zamawiający nie podjął próby poprawienia w kwestionowanej ofercie tego uchybienia, jako omyłki – zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp – i nie powiadomił o tym wykonawcy.

Skład orzekający Izby badanie i ocena ofert są czynnościami bardzo rygorystycznie unormowanymi w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w specjalnie wydzielonym rozdziale 4 Wybór najkorzystniejszej oferty (od art. 82 do art. 95 Pzp). Zamawiający jest obowiązany do ścisłego przestrzegania zawartych w tej ustawie przepisów. Ponadto, zgodnie z zasadą pisemności określonej w art. 9 ust. 1 Pzp, zamawiający musi dokumentować wszystkie swoje czynności w formie pisemnej.

W związku z powyższymi przyczynami skład orzekający Izby nie może uznać, że zamawiający dokonał w sposób zgodny z przepisami badania i oceny kwestionowanej oferty. Dlatego w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez wadliwe badanie oferty, a w konsekwencji przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w zakresie Części XIV – zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego uznanej za najkorzystniejszą, w zakresie Części XIV ze względu na to że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, gdyż zawiera rażąco niską cenę w zakresie Części XIV są zasadne.

Zamawiający nie podjął próby poprawy omyłki, a przyjął odstąpienie od treści specyfikacji w sposób dorozumiany. W szczególności zamawiający nie powiadomił wykonawcy o poprawieniu omyłki, a obowiązek taki wynika z art. 87 ust. 2 *in fine* Pzp. Instytucja powiadamiania o poprawieniu omyłek daje możliwość wykonawcy do nie zgodzenia się na poprawę czy jakiegokolwiek innej reakcji mającej wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty bądź zawarcie umowy. Ponadto, zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, zamawiający oceniając wyjaśnienia, powinien wziąć pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy czy wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. W dokumentacji zamawiający nie przedstawił, że dokonał analizy wyjaśnień pod tym kątem. Zresztą wobec braku pewności treści oferty, ze względu na – jak to nazywa zamawiający – uchybienie, taka analiza nie mogłaby być przeprowadzona z właściwą dozą pewności. Dlatego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego ze względu na zaoferowanie rażąco niskiej ceny jest zasadny.

W związku z tym w rozpoznawanym stanie faktycznym sprawy, wyżej wymienione zarzuty, skład orzekający Izby uznaje za zasadne.

Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie dowiódł naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przy czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w zakresie Części XIV. Również zdaniem składu orzekającego Izby odwołujący nie dowiódł naruszenia art. 89 ust. 3 Pzp.

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....