

WYROK
z dnia 10 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, 81-912 Gdynia, ul. Jana z Kolna 8 b** protestu z dnia 31 października 2008 r.

przy udziale wykonawcy **Zakład Sprzątania Wnętrz Józef Janowski „MOP 83” Sp. z o.o., 82-300 Elbląg, ul. Warszawska 66** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Impel Cleaning Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** na rzecz **Rejonowego Zarządu Infrastruktury, 81-912 Gdynia, ul. Jana z Kolna 8 b** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 936 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Impel Cleaning Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118**.

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Wykonanie usług polegających na utrzymaniu porządku i czystości pomieszczeń budynków, sprzątanie dróg, chodników i placów utwardzonych oraz utrzymanie i pielęgnację terenów zieleni w kompleksach wojskowych administrowanych przez WAK Wejherowo”*, zostało wszczęte przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Jana z Kolna 8 b, 81-912 Gdynia, zwany dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 143-192100 w dniu 25.07.2008 r.

W dniu 24.10.2008 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o odrzuceniu oferty firmy: **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** (cena oferty brutto: 2.020.920,12 PLN) zwanej dalej: *„Impel Cleaning Sp. z o.o.”* albo *„Protestującym”* albo *„Odwołującym”* na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: *„Pzp”*, jako zawierającą omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na

podstawie art. 88, lub błędy w obliczeniu ceny. Zamawiający wskazał, że w pozycji 4 formularza cenowego wyliczono nieprawidłowo wartość usługi dla warunków zimowych, a błędne skalkulowanie wartości usługi polega na podaniu dwóch wartości a) i b). Wartość a) za 1 miesiąc usługi i wartość b) za 16 miesięcy wykonywania usługi. Natomiast w formularzu cenowym stanowiącym załącznik do SIWZ Zamawiający przewidział wyliczenie wartości za 48 miesięcy, w związku z powyższym wartość usługi podana przez Wykonawcę jest nieprawidłowa. Ponadto, poinformował także o wykluczeniu z postępowania Wykonawcy:

Zakład Remontowo-Usługowy „Montex”, ul. Strzebielińska 66, 84-242 Luzino, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 4 Pzp, z uwagi na nie zabezpieczenie oferty wadium. Na koniec wskazał, iż dokonano również wyboru najkorzystniejszej oferty firmy: Zakład Sprzątania Wnętrz J. Jankowski „MOP83” Sp. z o.o., ul. Warszawska 66, 82-300 Elbląg (cena oferty brutto: 2.721.318,24 PLN) zwanej dalej: „MOP83” albo „Przystępującym”.

W dniu 31.10.2008 r. (faxem) na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 Pzp firma: Impel Cleaning Sp. z o.o. wniosła protest wobec czynności Zamawiającego:

- 1) odrzucenia oferty Protestującego
- 2) unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad udzielenia zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust 1 i 3, 88 ust 1 pkt 3, art. 89 ust 1 pkt 6, art. 91 ust 1 i 2 Pzp. Wskazując na powyższe zarzuty Protestujący wnosił o:

1. uchylenie czynności odrzucenia oferty Protestującego,
2. uchylenie czynności unieważnienia postępowania
3. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Protestujący oświadczył także, że ma interes prawny we wniesieniu protestu, gdyż w razie uwzględnienia protestu jego oferta jest najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu. Wskazał, iż w dniu 24.10.2008 r. Protestujący otrzymał od Zamawiającego faksem informację o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 Pzp z uwagi na omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 lub błędy w obliczeniu ceny zawarte w ofercie oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 1 Pzp, gdyż zdaniem Zamawiającego nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu (pismo z dnia 24.10.2008 r.). Podniósł, iż nie zgadza się z powyższym stanowiskiem, wskazał, iż jego oferta jest ofertą ważną, nie podlegającą odrzuceniu, a zatem unieważnienie postępowania jest bezpodstawne. Wskazał również, iż zaoferowana przez niego cena została obliczona prawidłowo, z uwzględnieniem wszystkim wymogów stawianych przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, a zatem jej odrzucenie jest bezzasadne.

Zarzut Zamawiającego sprowadzał się do tego, iż w pozycji 4 formularza cenowego - kalkulacja (stanowiącego Załącznik nr 3 do oferty przetargowej), Protestujący błędnie wyliczył wartość wykonywania usługi dla warunków zimowych na terenach utwardzonych w okresie zimowym. W tym miejscu podkreślił, iż zgodnie z treścią pkt. 3 Rozdz. VII SIWZ każdy Wykonawca powinien: „(...) *przygotować ofertę zgodnie z formularzem stanowiącym Załącznik nr 1 do niniejszej specyfikacji*”. Załącznik nr 3 stanowiący kalkulację usługi, a zatem kosztorys ofertowy stanowił jedynie narzędzie pomocnicze do wyliczenia ceny ofertowej określonej w wysokości brutto, przedstawionej przez Wykonawcę w Załączniku nr

1 OFERTA. Mając na uwadze powyższe zapisy, zawarte przez Zamawiającego w SIWZ uznać należy, jak stwierdził, iż ceny podane przez Wykonawców właśnie w formularzu OFERTA są cenami wiążącymi, za które każdy Wykonawca deklaruje wykonanie przedmiotu zamówienia objętego niniejszą procedurą przetargową. To właśnie w treści Załącznika nr 1 OFERTA zawarte jest potwierdzenie, iż każdy Wykonawca: „*składa ofertę zgodnie z przedmiotem zamówienia za cenę (...)*”.

Ponadto, podkreślił także, iż w OFERCIE Zamawiający oczekiwał od wykonawców przedstawienia kwoty brutto wraz ze wskazaniem kwoty należnego podatku VAT. W tym stanie rzeczy jest niedopuszczalne, zdaniem Protestującego, podjęcie przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty Protestującego ze względu na występowanie błędu nie podlegającego poprawieniu w trybie art. 88 Pzp. Wskazał, iż żadne poprawki - ceny przez niego oferowane - nie są konieczne, jako że oferowana przez Wykonawców w przedmiotowym postępowaniu cena jest ceną ryczałtową, i jako taka jest zawsze

poprawna, niezależnie od sposobu jej obliczenia. Nie może zatem zostać odrzucona oferta przewidująca cenę ryczałtową na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 Pzp, a Zamawiający jest obowiązany zastosować w takim przypadku dyspozycję art. 88 ust 1 pkt 3 lit. a) Pzp.

Zdaniem Protestującego, sam Zamawiający w formularzu OFERTA oczekiwał od Wykonawców przedstawienia ryczałtów za świadczenie usług. Potwierdzeniem przyjętej argumentacji jest fakt, iż Zamawiający ustalając kryterium oceny ofert jako cenę w 100 %, ocenia całościową cenę wykonania usługi - przez danego Wykonawcę całego zamówienia - a nie poszczególnych jego części. Protestujący wskazał, iż na szczególną uwagę zasługuje treść pisma Zamawiającego z dnia 24.10.2008 r. w którym to Zamawiający informuje o odrzuceniu oferty Protestującego zamieszczając jednocześnie tabelę z informacją o złożonych w postępowaniu ofertach. W informacji niniejszej Zamawiający podał: „*ceny oferty brutto*” jako ceny ryczałtowe, za które Wykonawcy zadeklarowali realizację przedmiotu zamówienia.

Cena zaproponowana przez Protestującego jest ceną ryczałtową, w związku z czym zgodnie z art. 88 ust 1 pkt 3 pkt a) Pzp przyjmuje się, że cenę tę podano prawidłowo bez względu na sposób jej obliczenia. Przy tak ustalonej cenie, nawet gdyby przyjąć, że przy jej obliczaniu wystąpiły omyki rachunkowe, to Zamawiający, na podstawie art. 88 ust 1 pkt 3 lit. a) Pzp, zobowiązany jest przyjąć podaną cenę ryczałtową jako prawidłową (np. wyrok ZA z 4.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-563/05; wyrok ZA z 14.10.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2891/05). Z istoty ceny ryczałtowej wynika bowiem, że metoda jej ustalenia nie ma charakteru wiążącego. Potwierdza to wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6.03.2001 r. (I ACa 1147/00), zgodnie z którym: *„Jeżeli za wykonane dzieło strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dołączenie przez wykonawcę do umowy kosztorysu nie ma znaczenia, a dokument ów uznać należy jedynie za uzasadniający merytorycznie oferowaną*

przez przyjmującego zamówienie (wykonawcę) kwotę wynagrodzenia ryczałtowego”. Nie może jednak budzić wątpliwości, która wielkość podana przez Wykonawcę będzie uznana za wiążącą, jeśli wystąpią rozbieżności pomiędzy poszczególnymi zapisami ceny.

Również Krajowa Izba Odwoławcza zwana dalej: „KIO”, jak wskazał, w wyroku z dnia 27.08.2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP/836/08) poparła prezentowane przez Protestującego stanowisko.

W świetle przytoczonych argumentów, jak stwierdził, uznać należy, iż działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Protestującego jest całkowicie niezasadne, a przytoczona argumentacja jest chybiona. Na podkreślenie zasługuje także, jak wskazał, fakt, iż zasady wg. jakich obliczona została cena wykonywania usługi na terenach utwardzonych zostały wyjaśnione przez Protestującego i są zgodne z wymogami Zamawiającego, tzn. obejmują wszystkie koszty świadczenia przedmiotowej usług przez cały okres trwania umowy, tj. 48 miesięcy. Zamawiający otrzymał dodatkowe dane o kosztach tej usługi w skali jednego miesiąca wykonywania usługi w okresie zimowym, czego nie wymagał, ale podania czego Protestującemu nie zabraniał żaden przepis. Sposób umiejscowienia momentu ponoszenia kosztów przez Protestującego w trakcie trwania umowy jest jego uprawnieniem i Zamawiający nie może zakazywać wykonawcom dowolnego rozwiązania w tym zakresie. Zgodnie bowiem z obowiązującymi przepisami podatkowymi (tak dotyczącymi podatku dochodowego od osób prawnych jak i rozliczania podatku od towarów i usług - VAT), koszty są przez przedsiębiorców rozliczane w miesiącach, w których faktycznie powstały.

W tym stanie rzeczy jest niedopuszczalne, zdaniem Protestującego, podjęcie przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty Protestującego ze względu na występowanie błędu nie podlegającego poprawieniu w trybie art. 88 Pzp. W świetle powyższego oczywistym jest także, że Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 Pzp.

W dniu 04.11.2008 r. Zamawiający faxem przesłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich pismem z dnia 03.11.2008 r. do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 05.11.2008 r. (faxem) do postępowania protestacyjnego będącego wynikiem protestu przyłączyła się firma: MOP83 stwierdziła, iż nie popiera zarzutów protestu i zażądała jego odrzuceniu i utrzymania w mocy decyzji z dnia 24.10.2008 r. w sprawie wyboru oferty Przystępującego, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu

przetargowym. Wskazał na swój interes prawny z racji wyboru jego oferty.

Po pierwsze, podniósł, iż Protestujący powołuje się na nieprawdziwe informacje o rzekomym dokonaniu przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania, co nie miało miejsca. Wyczerpuje to jego zdaniem zapisy art. 181 ust. 8 Pzp, mówiącego o tym, że protest „*powinien zawierać żądanie*”. Ustawodawca założył więc, że ma być to żądanie, zgodne ze stanem faktycznym. Nieprawdziwy zapis o „*unieważnieniu postępowania*” i żądanie „*uchylenia czynności unieważnienia postępowania*” czyni ten protest bezzasadnym.

Po drugie, oferta Protestującego zdaniem Przystępującego została słusznie odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp (zawiera błędy w wyliczeniu ceny) co więcej, jest ona niezgodna z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Protestujący zmienił treść Formularza cenowego, (a więc istotną część SIWZ) poprzez podanie dwóch wartości: za 1 miesiąc usługi i za 16 miesięcy wykonywania usługi w warunkach zimowych. Zamawiający żądał tymczasem wyliczenia wartości za 48 miesięcy. Jest to świadome wprowadzenie zmian w SIWZ, a to na podstawie wyżej cytowanego artykułu, skutkuje odrzuceniem oferty. Ta zmiana tymczasem, wpłynęła znacząco na wartość oferty, służącej do porównania przy wyborze Wykonawcy zamówienia. Protestujący, przeliczając wartości przez 16 uzyskał kwoty niższe, a więc ze względu na obowiązujące w powyższym przetargu kryterium ceny, potencjalnie zwiększające szansę na wybór. Protestujący naruszył tym samym przepisy art. 7 ust. 1 Pzp, mówiący o równym traktowaniu Wykonawców.

Po trzecie, w przypadku ww przetargu nie może być mowy o „*cenie ryczałtowej*”, na którą powołuje się Protestujący. Na podstawie Załącznika nr 3, Zamawiający będzie wyliczał cenę albo z wartości podanej w wierszu 3 albo z wartości podanej w wierszu 4, w zależności od warunków pogodowych. Wyliczenia w obu wierszach służą więc jako podstawa wyliczenia miesięcznej wartości zamówienia.

Po czwarte, Protestujący w kilku miejscach protestu powołuje się na art. 88 Pzp, który został uchylony zmianami w Ustawie, które weszły w życie 24.10.2008 r. Zgodnie z przepisami przejściowymi i końcowymi, zawartymi w Dziale IX art. 4 ust. 1 znowelizowanej Ustawy: „*do postępowania o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem wejście w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem przepisów dotyczących (...) poprawiania omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia oferty*”, które stosuje się w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą. Tak więc powoływanie się na art. 88 Pzp jest, jego zdaniem, bezzasadne.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana w tym samym dniu Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło faxem w dniu 13.11.2008 r. poprzez jego oddalenie w całości. Zamawiający wskazał, iż Protestujący protest oparł na błędnym przeświadczeniu, że wymagana i oferowana cena ma charakter ryczałtowy. Tymczasem

cena postępowania nie jest ceną ryczałtową. Zamawiający, z uwagi na nieprzewidywalność warunków zimowych, przewidział bowiem w SIWZ oraz w projekcie umowy możliwość występowania różnych warunków zimowych i ze względu na ich intensywność przewidział zróżnicowaną cenę. Zażądał też, ażeby wartość oferty została wyliczona za okres 48 miesięcy. Wskazał, tak jak w odrzuceniu, iż w pozycji 4 formularza cenowego Protestującego wyliczono nieprawidłowo wartość usługi dla warunków zimowych. Błędne skalkulowanie wartości usługi polega na podaniu dwóch wartości a) i b). Wartość a) za 1 miesiąc usługi i wartość b) za 16 miesięcy wykonywania usługi. W formularzu cenowym Zamawiający przewidział wyliczenie wartości za 48 miesięcy w związku z powyższym wartość usługi podana przez Protestującego jest nieprawidłowa.

Ponadto w opinii Zamawiającego cena oferowana przez Protestującego nie jest ceną ryczałtową z uwagi na chociażby różnorodne stawki za utrzymanie terenów utwardzonych w okresie zimowym w zależności od faktycznych warunków zimowych (zima lekka, zima średnia, zima ciężka), po których naliczane będzie wynagrodzenia. Nie ma też racji Protestujący wskazując, że z uwagi na cenę ryczałtową, bez znaczenia dla oceny jego oferty jest sposób jej wyliczenia zawarty w kosztorysie ofertowym. Pogląd ten można by podzielić jedynie w przypadku, gdyby w istocie cena miała charakter ryczałtowy, a tak nie jest.

Mając zatem na uwadze treść art. 89 ust 1 pkt 6 zw. z art. 88 ust 1 pkt 3 Pzp Zamawiający jest zobowiązany do poprawienia jedynie omyłek rachunkowych w obliczeniu

ceny przewidzianych w art. 88 ust 1 pkt 3 Pzp. Natomiast nie jest uprawniony do poprawienia błędów w obliczeniu ceny oraz takich omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny ryczałtowej, których poprawienie w sposób przewidziany art 88 ust 1 pkt 3 Pzp nie jest możliwe. Ponieważ oferta Protestującego zawiera błędy w obliczeniu ceny, Zamawiający nie posiada uprawnienia do dokonania jej poprawienia. Nawiasem mówiąc, jak wskazał, Zamawiający nie mógłby dokonać poprawienia ceny wg przepisów dla ceny ryczałtowej przywoływanych w proteście (art. 88 ust 1 pkt 3 Pzp) bez ich naruszenia, a to z tego powodu, że oferowana cena nie jest ryczałtowa.

Ponadto, Zamawiający wskazał, iż nie podziela też zarzutu Protestującego jakoby przedmiotowe postępowanie zostało unieważnione. Zgodnie z zawiadomieniem o wyniku postępowania przesłanym Protestującemu w dniu 24.10.2008 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty firmy MOP83, tak więc zarzut wobec unieważnienia przedmiotowego postępowania jest bezzasadny.

W dniu 19.11.2008 r. (data nadania w placówce operatora publicznego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Wskazał na naruszenie art. 7 ust 1 i 3, art. 88 ust 1 pkt 1 i 3, art. 89 ust 1 pkt 6, art. 91 ust 1 i 2 Pzp. Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

-
- 1) nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
 - 2) nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wyboru oferty firmy MOP83 uznanej za najkorzystniejszą,
 - 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący stwierdził, że w dniu 24.10.2008 r. otrzymał od Zamawiającego faksem informację o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 Pzp z uwagi na omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 lub błędy w obliczeniu ceny zawarte w ofercie oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty firmy MOP83. Oświadczył także, iż podtrzymuje wszystkie zarzuty i wnioski zawarte w złożonym proteście. Stwierdził, że jego oferta jest ważna, nie podlegająca odrzuceniu, a zatem unieważnienie postępowania jest bezpodstawne.

Odwołujący wskazał, iż zaofertowana przez niego cena została obliczona prawidłowo, z uwzględnieniem wszystkich wymogów stawianych przez Zamawiającego w SIWZ, a zatem jej odrzucenie jest bezzasadne.

Powtórzył całą argumentację z protestu dodatkowo wskazując, iż gdyby nawet przyjąć stanowisko Zamawiającego jako prawdziwe, tj. że nie występuje w niniejszym postępowaniu ryczałt, to Zamawiający nie był w żaden sposób uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający winien wówczas na podstawie art. 88 ust 1 pkt 1 Pzp dokonać poprawy błędnego, jak sam uznał działania matematycznego. W żaden sposób nie był jednak uprawniony do odrzucenia oferty, zwłaszcza, że w dniu podejmowania rozstrzygnięcia obowiązywała już nowelizacja Pzp, która wprowadziła - również do toczących się tym dniu postępowań - znaczną liberalizację przepisów w zakresie powodów odrzucenia oferty. Zamawiający jednak, wbrew art. 4 ust 1 ustawy nowelizującej wprowadzającej zmiany do Pzp, nie zastosował się tych zmian.

W świetle powyższego oczywiste jest, jego zdaniem, że Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 Pzp.

Kopie odwołania otrzymał Zamawiający w tym samym dniu (faxem).

W dniu 20.11.2008 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu protestacyjnym (Przystępującemu) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpiła dnia 28.11.2008 r. (wpływ pocztą do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych) firma MOP83 po stronie Zamawiającego. Przystępujący wskazał, iż Zamawiający pismem zarejestrowanym pod numerem wychodzącym ZP-9171/08 z dnia 24.10.2008 r. powiadomił

Wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego się oraz dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Powyższe wskazuje w sposób jednoznaczny zaistnienie faktycznego

interesu prawnego polegającego na pozyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Mając na uwadze stan prawny i rzeczywisty prowadzonego postępowania o udzielenia zamówienia publicznego oraz interes prawny w pozyskaniu przedmiotowego zamówienia Przystępujący, jak wskazano wyżej, przyłączył się do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności SIWZ, treścią spornych ofert, po wysłuchaniu stanowisk stron i Przystępującego na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (znaczenie - 100%), w przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem jego oferty, z uwagi na przedłożenie oferty najkorzystniejszej cenowo, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp, Skład orzekający Izby uznał w/w zarzut za zasadny.

W odniesieniu do podniesionego przez Odwołującego zarzutu Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ zawarł następujące zapisy:

W rozdz. VIII SIWZ Sposób obliczenia ceny oferty, Zamawiający wskazał, że cenę oferty należy określić w wysokości brutto oraz podać kwotę podatku VAT (zgodnie z załącznikiem nr 1). Podstawą do wyliczenia ceny oferty jest formularz cenowy (załącznik nr 3), który należy załączyć do oferty. Cena oferty winna zawierać wszystkie koszty, jakie ponosi Wykonawca.

Składając formularz ofertowy (Załącznik nr 1 do SIWZ), zmodyfikowany przez Zamawiającego w dniu 25.08.2008 r., wykonawcy zobowiązani byli złożyć zawarte w nim

oświadczenie o treści: „*składam ofertę zgodną z przedmiotem zamówienia za cenę*” oraz podać cenę brutto i kwotę VAT osobno za cztery pozycje: utrzymanie w czystości obiektów kubaturowych, utrzymanie w czystości terenów zielonych, utrzymanie w czystości terenów utwardzonych w okresie pozazimowym, utrzymanie w czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym (pierwotnie dwie ostatnie pozycje tworzyły utrzymanie w czystości terenów utwardzonych), w także podać sumę ww. pozycji. Wbrew jednak literalnemu brzmieniu pkt. 5 formularza cenowego („razem suma pozycji 1+2+3+4”) kwota wpisana tamże nie mogła zostać obliczona poprzez zsumowanie wymienionych wyżej pozycji, lecz skalkulowana w sposób wynikający z załącznika nr 3 do SIWZ zatytułowanego: „*formularz cenowy – kalkulacja*”. Taka intencja Zamawiającego wydaje się bowiem wynikać z postanowień części VIII SIWZ „Sposób obliczenia ceny oferty” - „Podstawą do obliczenia ceny oferty jest formularz cenowy, (...) który należy załączyć do oferty”. Cena oferty była jedynym kryterium oceny ofert (zgodnie z częścią XI SIWZ).

Formularz cenowy – kalkulacja (Załącznik nr 3 do SIWZ) opracowany został przez Zamawiającego w formie tabeli i oprócz nazwy obiektu i powierzchni Zamawiający pierwotnie wymagał podania przez wykonawców ceny jednostkowej netto (zł/m²/m-c), wartości netto zamówienia za 48 miesięcy oraz wartości brutto zamówienia za 48 miesięcy. W formularzu tym należało także podać ceny jednostkowe za utrzymanie w czystości pomieszczeń, utrzymanie w czystości terenów zielonych, utrzymanie w czystości terenów utwardzonych w okresie pozazimowym oraz utrzymanie w czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym, przy czym w przypadku tych ostatnich należało wyróżnić zimę lekką, średnią, ciężką, a także warunki pozazimowe.

Sposób obliczenia ceny za świadczenie usług w okresie zimowym budził wątpliwości wykonawców – jeden z uczestników postępowania zadał Zamawiającemu pytanie sformułowane następująco: „*Uważam, że formularz cenowy – kalkulacja (załącznik nr 3)*

jest nieprawidłowy. Według specyfikacji okres zimowy liczony jest od 1 listopada do 31 marca (4 miesiące) to dlaczego w tabelce trzeba podać cenę terenów utwardzonych w okresie pozazimowym za 48 m – cy, powinno być za 32 miesiące.”

Zamawiający na pytanie wykonawcy udzielił w dn. 31.07.2008 r. odpowiedzi o treści: „W formularzu cenowym - kalkulacji (zał. 3) w poz. 3 – Tereny utwardzone Zamawiający wymaga przedstawienia ceny i wartości usługi utrzymania w czystości terenów utwardzonych bez uwzględnienia tzw. warunków zimowych opisanych w Specyfikacji technicznej rozdział IV, tj. zima lekka, średnia, ciężka.”

Zamawiający w dn. 25.08.2008 r. przekazał uczestnikom postępowania zmodyfikowany m.in. załącznik nr 3 – modyfikacja polegała na:

1) wprowadzeniu do tabeli w pozycji 3 zamiast dotychczasowej „nazwy obiektu” - „tereny utwardzone” – „tereny utwardzone poza zimą”;

2) wprowadzenie do tabeli pozycji nr 4 „tereny utwardzone w okresie zimowym**”;

3) pod tabelą wprowadzono objaśnienie następującej treści: „*W pozycji 4 „Tereny utwardzone w okresie zimowym” w kolumnie „Cena jednostkowa netto(zł/ m²/m-c)” należy podać średnią arytmetyczną cenę jednostkową za 1 m² dla warunków zimy lekkiej, średniej i ciężkiej. W kolumnie „Wartość netto zamówienia za 48 m-cy(zł)” należy wpisać iloczyn Ceny jednostkowej netto i powierzchni.”

Jednocześnie w Załączniku nr 4 „Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru” (strona 7) Zamawiający podał, iż utrzymanie czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym „obejmuje okres od 1 listopada do 31 marca” – tj. pięć miesięcy w ciągu roku.

Z kolei § 2 ust. 1 projektu umowy (Załącznik nr 5 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) stanowi, iż termin realizacji zamówienia wynosi 48 miesięcy od daty podpisania umowy. W § 4 projektu umowy przewidziano zaś podanie ogólnej wartości umowy oraz wynagrodzenie miesięczne. W § 4 ust. 2 projektu umowy wskazano, że „wynagrodzenie określone w ust. 1 zostało ustalone w oparciu o ofertę, złożoną przez Wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”. Do umowy, oprócz „ogólnej wartości umowy brutto” będą przeniesione kwoty z pozycji 1-3 kolumny 2 „ceny jednostkowe netto” oraz ceny z pkt 4 pod tabelą, obliczone dla 1 m² (w pkt 4 podano ceny dla 100 m²) – tj. zryczałtowane jednostkowe ceny utrzymania w czystości określonej jednostki powierzchni (1 m² bądź 100 m² w zależności od rodzaju powierzchni). Te ostatnie ceny będą podstawą rzeczywistych rozliczeń pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą; jeżeli powierzchnia przewidziana do oczyszczania będzie zmniejszona, wynagrodzenie zostanie skalkulowane odpowiednio do zmniejszonego obszaru (§ 10 ust. 4 projektu umowy), Zamawiający dopuszcza również – co wynika z pkt. 10 załącznika nr 4 do SIWZ - zwiększenie powierzchni utrzymywanej w czystości.

Odwołujący w formularzu cenowym podał ceny za realizację usługi za 48 miesięcy za następujące zakresy: utrzymanie czystości w obiektach kubaturowych, utrzymanie czystości terenów zielonych oraz utrzymanie czystości terenów utwardzonych w okresie pozazimowym, natomiast w zakresie pozycji nr 4 „Tereny utwardzone w okresie zimowym” podał dwie wartości a) i b). Wartość a) za 1 miesiąc usługi i wartość b) za 16 miesięcy wykonywania usługi.

Ponadto, Odwołujący złożył na stronie 6 oferty wyjaśnienie z dnia 4.09.2008 r. do załącznika 3 „formularz cenowy – kalkulacja”, w którym stwierdził, iż: „Zamawiający wymaga od Wykonawców, aby wartość utrzymania terenów utwardzonych z wiersza nr 3 pomnożył razy 48 m-cy. Wynika z tego, że Zamawiający będzie płacił Wykonawcy przez 12 m-cy w roku 1/48 kwoty podanej w wierszu nr 3. Aby nie dublować kosztów ponoszonych na utrzymanie terenów utwardzonych Wykonawca w wierszu 4 policzył tylko różnicę, jaką

Zamawiający będzie dopłacał do utrzymania terenów utwardzonych w okresie zimowym do kwoty z wiersza nr 3”.

Analizując w/w zapisy SIWZ w odniesieniu do stanu faktycznego, Izba wzięła także pod uwagę liczne orzecznictwo w sprawach zbliżonych do przedmiotowej (wyrok KIO z dnia 14.11.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1214/08, wyrok KIO z dnia 21.11.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1246/08, wyrok KIO z dnia 25.11.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1280/08, wyrok KIO z dnia 02.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1312/08, wyrok KIO z dnia 04.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1365/08, wyrok KIO z dnia 05.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1346/08, wyrok KIO

z dnia 05.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1352/08) stwierdzając, co następuje.

Po pierwsze, Izba podziela stanowisko wyrażone w przytoczonych orzeczeniach, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z ceną ryczałtową. Wobec powyższego Zamawiający nie naruszył art. 88 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zasadne jest bowiem twierdzenie, iż: „ani tzw. ogólna wartość umowy, ani wynagrodzenie miesięczne nie są cenami ryczałtowymi tylko taką cechą mają ceny jednostkowe za 1.m.kw./m-c lub na dobę”. Słuszne jest również stanowisko, że: „Na tym poziomie dopiero Zamawiający ustalił ceny ryczałtowe, w oparciu o które dokonywane będzie rozliczenie co miesiąc na podstawie posprzątaných powierzchni obiektów kubaturowych, terenów zielonych, terenów utwardzonych w okresie pozazimowym, terenów utwardzonych w okresie zimowym. W związku z powyższym nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego co do tego, że Formularz Cenowy – Kalkulacja ma charakter pomocniczy, a oceny oferty należy dokonywać tylko na podstawie kwot wymienionych w Formularzu Oferta, gdzie podaje się wartość całkowitą zadania, z rozbiorem na wartości czterech rodzajów usług, ale wyliczonych za cały okres świadczenia usługi. Bowiem w Formularzu Cenowym – Kalkulacja podaje się ceny jednostkowe, które jak powyżej ustalono mają charakter ryczałtu to znaczy zawierają w sobie wszelkie koszty związane z uprzątnięciem w okresie 1 m-ca poszczególnych powierzchni”. W związku z powyższym zarzut braku możliwości poprawiania omyłek rachunkowych może odnosić się jedynie do cen jednostkowych, a nie do ceny wyliczonej na podstawie Formularza Cenowego – Kalkulacja.

Po drugie, Izba odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, iż Odwołujący nie kwestionował sposobu badania składników ceny wynikowej, stwierdza, że podstawą rozstrzygnięcia jest treść zarzutu objętego protestem i odwołaniem, a nie żądania czy wnioski z niego wynikające - dlatego nie można zaakceptować twierdzeń Zamawiającego zaprezentowanych na rozprawie, który wskazywał, że Izba może dokonywać rozstrzygnięć

tylko w granicach zarzutów utożsamianych przez Zamawiającego z żądaniami i wnioskami odwołania.

Po trzecie, Izba zwraca uwagę, na okoliczność tego rodzaju, że w SIWZ Zamawiający umiejscowił zapisy, które mogły powodować niejednoznaczność co do ustalenia właściwego sposobu obliczenia ceny, tj. czy w pozycji 4 tabeli w kolumnie 4 „wartość zamówienia za 48 miesięcy”, należało obliczyć cenę utrzymania w czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym w skali

- 1) 1 miesiąca – jak wynikałoby z językowej wykładni objaśnienia pod tabelą,
- 2) 20 miesięcy – jak nakazywałby logika i wyliczenie ilości miesięcy uważanych przez Zamawiającego za zimowe na podstawie danych zawartych w SIWZ,
- 3) 48 miesięcy – jak wynikałoby z nagłówka kolumny 4 i 5 tabeli w brzmieniu „wartość zamówienia za 48 miesięcy” oraz z intencji Zamawiającego, które należy brać pod uwagę w sposób szczególny, jako swego rodzaju wykładnię autentyczną postanowień SIWZ.

Równie dobrze mogło to być także 16 miesięcy, po 4 miesiące w danym roku – tak jak uznał to Odwołujący.

Powodowało to, iż istniały rzeczywiste podstawy do unieważniania z urzędu takiego postępowania lub oddalania odwołania, gdy postępowanie zostało już unieważnione. Można także było przyjąć, iż z uwagi na różne czasookresy wynikające z SIWZ, Odwołujący nie mógł ponosić negatywnych konsekwencji z nich wynikających, zaś fakt, iż Zamawiający dokonał modyfikacji załącznika nr 3 do SIWZ tworząc poz. 4 w jej ostatecznym kształcie, nie wskazując w zapisie pod tabelą odnoszącym się do pozycji 4 (czwartej), że należy dokonać dalszego mnożenia, za wyjątkiem ceny jednostkowej przez powierzchnię, czy to przez liczbę 20, 48, czy to przez liczbę 16, czy to jeszcze przez jakąkolwiek inną liczbę, stanowiło podstawę do uwzględnienia z zastrzeżeniem poprawiania omyłek rachunkowych w trybie art. 88, przy zachowaniu art. 7 Pzp.

Po czwarte, Izba stwierdza, iż w przedmiotowym stanie faktycznym, Izba zwróciła szczególną uwagę na przywołane na rozprawie przez Zamawiającego i Przystępującego wyjaśnienia z dnia 04.09.2008 r. Wynika z nich bowiem nie tyle świadome nie pomnożenie poz. 4 przez 48 miesięcy, co okoliczność tego rodzaju, iż Odwołujący w poz. 4 w wierszu 4 policzył tylko: „różnicę jaką Zamawiający będzie dopłacał do utrzymania terenów

utwardzonych w okresie zimowym do kwoty z wiersza nr 3", mimo że Zamawiający wyraźnie wymagał: „Cena jednostkowa netto(zł/ m²/m-c) należy podać średnią arytmetyczną cenę jednostkową za 1 m2 dla warunków zimy lekkiej, średniej i ciężkiej". Z powyższego wynika, iż Odwołujący przedłożył ofertę w swej treści niezgodną z treścią SIWZ, czym naruszył art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Powyższe powoduje, iż Izba nie może uwzględnić odwołania, ani też

nakazać ewentualnego poprawienia oferty, czy to w trybie art. 88 Pzp (który został uchylony z dniem 24.10.2008 r. i nie ma zastosowania do niniejszego odwołania), czy to w trybie art. 87 ust. 2 Pzp (który obowiązuje od dnia 24.10.2008 r. i mógłby mieć ewentualnie zastosowanie do niniejszego odwołania).

Z uwagi na dyspozycję art. 4 ust. 2 ww. ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie nowelizacji ustawy Pzp oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań stosuje się znowelizowane przepisy działu VI Pzp. W związku z powyższym, mimo uznania za zasadny zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na fakt, iż stwierdzone naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania wobec konieczności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wobec różnych podstaw faktycznych odrzucenia, nie stwierdzono naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp wobec uznania, iż stwierdzone wyżej naruszenie nie miało wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej (a contrario art. 191 ust. 1a Pzp). Jednocześnie Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie wykazał, na czym polega naruszenie przez Zamawiającego art. 91 ust. 2 Pzp – Zamawiający określił kryterium oceny ofert zgodnie z dyspozycją ww. przepisu – jedynym kryterium oceny ofert jest w przedmiotowym postępowaniu cena.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczanej przez w/w rozporządzenie.

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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

* *niepotrzebne skreślić*