

WYROK
z dnia 14 listopada 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Impel Cleaning Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Rejonowy Zarząd Infrastruktury ul. Jana z Kolna 8, 81-912 Gdynia** protestu z dnia 7 października 2008 r.

przy udziale wykonawcy XXX zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
przy udziale wykonawcy XXX zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się

orzeka:

1. oddala odwołanie,

1

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

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Impel Cleaning Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Impel Cleaning Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** na rzecz **Rejonowego Zarządu Infrastruktury ul. Jana z Kolna 8, 81-912 Gdynia**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Impel Cleaning Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław.**

Uzasadnienie

Rejonowy Zarząd Infrastruktury z siedzibą w Gdyni zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie usług polegających na utrzymaniu porządku i czystości pomieszczeń budynków, sprzątanie dróg, chodników i placów utwardzonych oraz utrzymanie i pielęgnacją terenów zieleni w kompleksach wojskowych administrowanych przez WAK 1 Gdańsk”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 2 lipca 2008 r., nr 2008/S 126-168040.

Zamawiający w dniu 2 października 2008 r. (pismem z tej samej daty) poinformował IMPEL CLEANING Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej „Odwołującym” o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, tj. ze względu na omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 ustawy Pzp lub błędy w obliczeniu ceny zawarte w ofercie oraz o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. ze względu na brak oferty nie podlegającej odrzuceniu.

Pismem z dnia 7 października 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 8 października 2008 r.) Odwołujący wniósł protest wobec czynności Zamawiającego, tj.:

1. odrzucenia jego oferty,
2. unieważnienia przedmiotowego postępowania

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 88 ust. 1 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

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

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał, iż zaoferowana przez niego cena została obliczona prawidłowo, z uwzględnieniem wszystkich wymogów stawianych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”. Błędnie wypełniony załącznik nr 3 stanowi kalkulację usługi, a kosztorys ofertowy stanowi jedynie narzędzie pomocnicze do wyliczenia ceny ofertowej określonej w wysokości brutto i przedstawionej w załączniku nr 1 „Oferta”. Ceny podane w załączniku nr 1 są cenami wiążącymi, za które Odwołujący deklaruje wykonanie przedmiotu zamówienia. Oferowana cena jest ceną ryczałtową i jako taka jest poprawna, niezależnie od sposobu jej obliczenia.

Pismem z dnia 14 października 2008 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest, poprzez jego oddalenie, wskazując, iż Odwołujący w pozycji 4 „Formularza cenowo-kalkulacyjnego” nieprawidłowo wyliczył wartość usługi dla warunków zimowych. Błędna kalkulacja polega na podaniu dwóch wartości a) za 1 miesiąc i b) za 16 miesięcy wykonywania usługi, podczas gdy Zamawiający przewidział wyliczenie wartości za 48 miesięcy. Nadto dodał, iż oferowana przez Odwołującego cena nie jest ceną ryczałtową, z uwagi chociażby na różnorodne stawki za utrzymanie terenów utwardzonych w okresie zimowym w zależności od faktycznych warunków zimowych (zima lekka, zima średnia, zima ciężka), w zależności od których naliczane będzie wynagrodzenie.

Pismem z dnia 17 października 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie, wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 22 października 2008 r.). Przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 17 października 2008 r.

Odwołujący podtrzymał zarzuty i wnioski wskazane w proteście, oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykonania wskazanych czynności. Nadto podniósł, iż Zamawiający zmienił „Formularz cenowo-kalkulacyjny” na mniej niż 6 dni przed terminem składania ofert, co uniemożliwiło Odwołującemu „dopytanie” o nowy formularz. Dodatkowo zarzucił Zamawiającemu brak odniesienia merytorycznego do zarzutów zawartych w proteście.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający lzby zważył co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający ustalił co następuje:

Zamawiający w SIWZ, rozdział VII „Składanie ofert” zamieścił postanowienie, iż oferta powinna być przygotowana zgodnie z wymogami SIWZ oraz formularzem stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. W załączniku nr 1 „Oferta” wykonawcy zostali zobowiązani do podania cen za:

1. utrzymanie w czystości obiektów kubaturowych,
2. utrzymanie w czystości terenów zielonych,
3. utrzymanie w czystości terenów utwardzonych w okresie pozazimowym,
4. utrzymanie w czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym

oraz

5. sumę pozycji 1+2+3+4.

Jednocześnie wykonawcy byli zobowiązani wypełnić załącznik nr 3 „Formularz cenowy – kalkulacja” oraz podać ceny jednostkowe, wartość brutto i netto zamówienia za 48 m-cy dla obiektów kubaturowych, terenów zielonych oraz terenów utwardzonych, przy czym dla terenów utwardzonych w okresie zimowym dodatkowo określono sposób obliczenia ceny jednostkowej netto oraz wartości netto zamówienia za 48 m-cy.

Odwołujący w formularzu oferty jako cenę brutto oferty wskazał kwotę 1.415.724,78 zł (kwota VAT 216.557,58 zł), którą także wskazał w poz. 5 „Formularza cenowego –

4

kalkulacja”. Natomiast w poz. 4 „Tereny utwardzone w okresie zimowym” kolumna 5 „Wartość netto zamówienia za 48 miesięcy (zł)” wpisał „a) 1 333,98 co daje przez okres wykonywania umowy b) 21 343, 68”.

Istotnym dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest ustalenie charakteru wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia. Wynagrodzenie ryczałtowe, mimo braku definicji legalnej – zgodnie z art. 632¹ k.c. – oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej, a jego istotę stanowi określenie wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów dzieła, a więc przedmiotu zamówienia.

Iżba ustaliła, iż z zapisów SIWZ, treści załączników, jak również projektu umowy nie wynika w sposób jednoznaczny jakoby wynagrodzenie za wykonanie przedmiotowego postępowania było wyłącznie wynagrodzeniem ryczałtowym, nie wynika również iż przedmiotowe wynagrodzenie nie jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Fakt, iż cenę za utrzymanie w czystości terenów utwardzonych, podzielono na utrzymanie czystości terenów utwardzonych w okresie pozazimowym oraz zimowym, różnicując tę ostatnią, w zależności od różnych warunków pogodowych, na ceny jednostkowe przy zimie lekkiej, średniej oraz ciężkiej może świadczyć o tym, iż cena obejmująca przedmiot zamówienia nie jest ceną ryczałtową. Skoro bowiem o wynagrodzeniu ryczałtowym decyduje jego niezmiennosc, różnicowanie cen jednostkowych w zależności od różnych warunków zimowych, oraz w oparciu o faktycznie wykonanie usług powoduje, iż faktyczne wynagrodzenie wykonawcy będzie wynagrodzeniem różnym od ceny zaoferowanej w formularzu „Oferty”, która to kwota stanowić będzie jedynie maksymalną kwotę zobowiązania Zamawiającego. Różnym także od kwoty zaoferowanej w kolumnie 5 pozycja 4 „Formularza cenowego – kalkulacja”, a więc wartości netto zamówienia dla terenów utwardzonych w okresie zimowym.

Z kolei – jak słusznie podniósł Odwołujący – w załączniku nr 4 do SIWZ (str. 9 i 10) Zamawiający wskazał, iż „oferent zabezpiecza wywóz śniegu, lodu, suszu, skoszonej trawy (...) w ramach ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego za 1m² sprzątanej powierzchni” oraz, iż zaoferowana miesięczna cena ryczałtowa brutto musi uwzględniać wszystkie czynniki, jakie składają się na realizację usługi”.

Mając na uwadze powyższe Iżba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu w sposób jednoznaczny nie został opisany charakter wynagrodzenia. Niemniej jednak o tym, czy mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym, nie może decydować wyłącznie nazwa, ale także charakter wynagrodzenia. W przedmiotowym postępowaniu charakter przedmiotu zamówienia oraz charakter wynagrodzenia wskazuje, iż miesięczna cena jest ceną ryczałtową, jednak cena oferty obliczona na podstawie „Formularza cenowego - kalkulacja” musiała uwzględniać wszystkie elementy wskazane przez Zamawiającego, aby

5

oferty były porównywalne, a więc miała charakter kosztorysowy, co dotyczy pozycji 4 tabeli (uzależnienie wysokości wynagrodzenia od warunków pogodowych).

Kolejną kwestią jest konieczność ustalenia, czy kolumna 5 w pozycji 4 „Formularza cenowego – kalkulacja” została wypełniona prawidłowo. Jak ustalono na rozprawie sposób wypełnienia tej pozycji inaczej był rozumiany przez Odwołującego, inaczej zaś przez Zamawiającego.

Odwołujący w pozycji tej wskazał wartość netto 1 miesiąca zimowego oraz wartość netto zamówienia za 16 miesięcy (co istotnie wynika z wyliczeń matematycznych i literalnego brzmienia przedmiotowego zapisu – str. 5 oferty), gdyż wyłącznie wskazany okres przyjął za okres zimowy, co wynika także z oświadczenia (str. 6 oferty), do czego nie miał żadnych podstaw w SIWZ.

Natomiast Zamawiający oświadczył, iż wartość netto 1 miesiąca należało przemnożyć przez 48 miesięcy. Niemniej powyższe nie wynika jednoznacznie z zapisów SIWZ, a tym bardziej z zapisu znajdującego się pod tabelą „Formularza cenowego – kalkulacja” (Zamawiający wprost nie określił, że wartość w kolumnie 5 tabeli należy otrzymać przez pomnożenie otrzymanego iloczynu ceny jednostkowej netto i powierzchni przez „48”, skutkiem czego uczestnicy postępowania wypełnili tę kolumnę w różny sposób). Dlatego też nie można w sposób prawidłowy dokonać oceny złożonych ofert, w tym oferty Odwołującego.

Nadto należy podnieść, iż powyższe rozbieżności, jak również niekonsekwencja Zamawiającego w opisie charakteru wynagrodzenia, następstwem czego są powstałe wątpliwości interpretacyjne powinna istotnie prowadzić do unieważnienia przedmiotowego postępowania, a co Zamawiający już uczynił.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego do kwoty 3 600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, zgodnie z § 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. Nr 128, poz. 886).

6

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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*

7