Sygn. akt: KIO/UZP 1374/08

WYROK
z dnia 9 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek
Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Izabela Niedziałek

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Multimedia Polska – Południe S.A., ul. Tadeusza Wendy 7/9, 81-341 Gdynia** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Sąd Okręgowy w Tarnowie, ul. J. Dąbrowskiego 27, 33-100 Tarnów** protestu z dnia 10 listopada 2008 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego XXX po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz ponowne badanie i ocenę ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Sąd Okręgowy w Tarnowie, ul. J. Dąbrowskiego 27, 33-100 Tarnów**

---

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 **Multimedia Polska – Południe S.A., ul. Tadeusza Wendy 7/9, 81-341 Gdynia,**

2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Sąd Okręgowy w Tarnowie, ul. J. Dąbrowskiego 27, 33-100 Tarnów** na rzecz **Multimedia Polska – Południe S.A., ul. Tadeusza Wendy 7/9, 81-341 Gdynia,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego,

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 **3 436 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące czterysta trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Multimedia Polska – Południe S.A., ul. Tadeusza Wendy 7/9, 81-341 Gdynia.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Sąd Okręgowy w Tarnowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonywanie usług telekomunikacyjnych i internetowych dla Sądu Okręgowego w Tarnowie".

W dniu 23.10.2008r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej – w cz. I – świadczenie usług telefonicznych – Aleksandra Rajskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Tarnowski Ośrodek Informacyjny – zwanego dalej wykonawcą TOI lub wykonawcą wybranym. Również w cz. II – świadczenie usług internetowych, zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy TOI.

W dniu 29.10.2008r. protest dotyczący wyboru oferty najkorzystniejszej złożył wykonawca – Multimedia Polska – Południe S.A. – zwany dalej również protestującym lub odwołującym.

W wyniku rozstrzygnięcia protestu zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w cz. I – świadczenie usług telefonicznych.

W dniu 31.10.2008r. zamawiający wezwał protestującego do wyjaśnienia, poprzez wykazanie, że możliwe jest fakturowanie połączeń telefonicznych z rozbiciem na czas połączenia i z uwzględnieniem różnych stawek za minutę połączenia, w szczególności, czy istnieje możliwość fakturowania np. połączeń lokalnych w przedziałach czasowych 0-5, 6-15, 16-30, 31-60, 61 – 120, 121-180 i powyżej 180 sekund, z uwzględnieniem różnych stawek, np. dla przedziału 6-15 sekund o 0,01 zł więcej/mniej niż dla pozostałych, ww. przedziałów czasowych. Kolejną kwestią do wyjaśnienia było, czy różnice w cenie za minutę połączenia, podane w tabeli z pkt 13.6 SIWZ, załączone do oferty (połączenia międzynarodowe) są celowe i mogą być przez zamawiającego egzekwowane i w jaki sposób.

W dniu 3.11.2008r. protestujący przekazał wyjaśnienia, w których stwierdził, że jego oferta została skonstruowana zgodnie z założeniami SIWZ. Nie ma możliwości fakturowania połączeń telefonicznych zgodnie z różnymi stawkami w różnych przedziałach czasowych. Wszystkie połączenia międzynarodowe zostały policzone po stawce 0,40 zł netto z podanymi zasadami zaokrąglenia w SIWZ.

W dniu 6.11.2008r. zamawiający odrzucił oferty w cz. I postępowania, złożone przez protestującego oraz wykonawcę TOI. Wskazał, jakie wartości w ofertach ww. wykonawców dla poszczególnych przedziałów czasowych zostały podane, a dalej stwierdził, że nie żądał od wykonawców cennika usług telefonicznych. Stwierdził następnie, że dokonał wyliczeń matematycznych ustalając wartość za minutę połączenia dla każdego przedziału czasowego i rodzaju połączenia – podając dwa sposoby. Następnie stwierdził, że wyliczone przez zamawiającego niezgodności, w świetle złożonych wyjaśnień i obowiązujących przepisów ustawy Pzp, są błędami, których nie można poprawić a oferty zawierające błędy w obliczeniu ceny ustawa Pzp nakazuje odrzucić.

W tym samym piśmie zamawiający dokonał unieważnienia postępowania wskazując na związek z uzasadnionym odrzuceniem obydwu ofert.

W dniu 10.11.2008r. protest dotyczący odrzucenia swojej oferty i unieważnienia postępowania złożył wykonawca Multimedia Polska – Południe S.A. Protestujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i dokonanie ponownej oceny ofert w postępowaniu oraz dokonania wyboru oferty protestującego.

W argumentacji wskazano, że w SIWZ w przedmiotowym postępowaniu nie było podanego sposobu wyliczenia wartości minuty połączenia a zamawiający podał w pkt 13.6 SIWZ tabelę, w której była liczona cena połączeń. Wskazano na pogląd, zgodnie z którym –

jeśli w SIWZ nie określono zasad ustalenia ceny, to wykonawcy nie są związani jednolitymi zasadami kształtowania ceny i mają w tym względzie swobodny wybór.

Wskazano, że protestujący przyjął dla każdego przedziału czasowego jedną stawkę za minutę połączenia – 0,06 zł za połączenie lokalne, 0,06 zł za połączenie międzymiastowe, 0,40 zł za połączenie do sieci komórkowych i 0,40 za połączenia międzynarodowe.

Następnie protestujący wskazał, że połączenie międzynarodowe w przedziale prowadzenia rozmów od 6 do 15 sekund daje łączny czas 2 sekundy, które po przedzieleniu przez 60 daje informację, ile rzeczywiście jest minut w tym przedziale – tj. 0,03. Następnie ilość minut protestujący przemnożył przez stawkę 0,40 i otrzymał łączną cenę połączeń – tj. 0,012 co zostało w ofercie wpisane jako 0,01 zł zgodnie z zasadą ceny do dwóch miejsc po przecinku.

Następnie – analogicznie wskazano obliczenia dla :

- połączeń międzynarodowych w przedziale prowadzenia rozmów od 16 do 30 sekund (przyjęto łączny czas 3 sekundy),
- połączeń międzynarodowych w przedziale prowadzenia rozmów od 31 do 60 sekund (przyjęto łączny czas 14 sekund),
- połączeń międzynarodowych w przedziale prowadzenia rozmów od 61 do 120 sekund (przyjęto łączny czas 14 sekund),

- połączeń międzynarodowych w przedziale prowadzenia rozmów pow. 180 sekund (przyjęto łączny czas 498 sekund).

Wskazano, że ten sposób liczenia nie budził żadnych zastrzeżeń zamawiającego i był objaśniony dodatkowo przez protestującego w piśmie z 16.10.2008r. Podniesiono, że zamawiający w dniu 17.10.2008r. zawiadamiał o popełnieniu oczywistej omyłki rachunkowej oraz oczywistej omyłki pisarskiej, nie przedstawiał jednak żadnych informacji o błędach, wskazanych w proteście z 28.10.2008r. Protestujący wyjaśnił w piśmie z 3.11.2008r., że brak było możliwości fakturowania połączeń telefonicznych z różnymi stawkami w różnych przedziałach czasowych, a połączenia międzynarodowe zawarte zostały przez protestującego z uwzględnieniem jednolitej stawki 0,40 zł netto dla każdego z przedziałów w zakresie połączeń międzynarodowych z podanymi zasadami zaokrąglenia w SIWZ.

Odnośnie oferty wykonawcy TOI – wskazano, że popełnił w ofercie w tabeli 13.6 ewidentne błędy przy zaokrąglaniu i liczeniu cen połączeń – na potwierdzenie czego wskazano na zestawienie prawidłowych i błędnie podanych stawek w ofercie TOI, jakie załączono do pierwszego protestu.

Przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosił wykonawca TOI. Wniósł o oddalenie protestu, wskazując, że chciałby wziąć udział w przyszłym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 17.11.2008r. zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu przez jego oddalenie. W argumentacji wskazał, że w pkt 13.6 SIWZ, w ramach opisu sposobu obliczenia ceny, zamieścił tabelę z danymi, którą powinna zostać wypełniona i załączona do oferty przez wszystkich wykonawców. W tabeli tej zamawiający nie żądał określenia ceny za minutę połączenia dla konkretnego rodzaju połączeń, gdyż cena ta była możliwa do ustalenia przez niego osobiście, na podstawie wyliczeń matematycznych z wykorzystaniem danych zawartych w tabeli takich jak łączny czas połączeń – określony w sekundach, wskazany przez zamawiającego i łączna wartość połączeń, podana przez wykonawcę. W ocenie zamawiającego nie było możliwe dokonywanie wyliczeń, w sposób wskazany w proteście a do powyższego przekonania doprowadziła odpowiedź wykonawcy w kwestii niemożności fakturowania różnych cen za minutę połączenia w ramach jednego rodzaju połączenia w różnym podziale czasowym. Zamawiający wskazał ,że nie żądając podania ceny za minutę połączenia, nie wyraził tym samym zgody na dowolne jej ustalanie przez wykonawców do czasu wykorzystania kwoty określonej jako wartość oferty. Następnie zamawiający wskazał, że jego obowiązkiem było sprawdzenie, czy złożone oferty były wolne od wad formalnych i prawnych oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, której wykonanie nie powinno rodzić żadnych problemów. Zamawiający skorzystał z uprawnienia i na podstawie art. 87 ust. 1 żądał wyjaśnień od protestującego.

W zakresie unieważnienia postępowania zamawiający oddalił protest wskazując, że miał obowiązek dokonania tej czynności na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W dniu 21.11.2008r. wykonawca Multimedia Polska – Południe S.A. złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp polegające na bezzasadnym odrzuceniu oferty odwołującego. Ponadto wskazał na naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez bezzasadne unieważnienie postępowania w części „Usługi telefoniczne".

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że zamawiający pierwotnie – w dniu 23.10.2008r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty – wykonawcy TOI. Odwołujący złożył protest dotyczący tej czynności, domagając się odrzucenia oferty tego wykonawcy. Zamawiający w dniu 31.10.2008r. uwzględnił protest w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej, natomiast nie uwzględnił żądania odrzucenia oferty wykonawcy TOI a zamiast tego podał, że powtórzy oprotestowaną czynność po wcześniejszym dokonaniu czynności zaniechanej. Następnie zamawiający zażądał od odwołującego wyjaśnień po czym odrzucił obydwie oferty

i unieważnił postępowanie. Odwołujący wskazał na argumentację zamawiającego odnośnie odrzucenia jego oferty. Następnie odwołujący przytoczył swoją argumentację zawartą w proteście.

Odnośnie rozstrzygnięcia protestu – odwołujący wskazał, że zamawiający nie używał dotychczas sposobów obliczania ceny połączeń wskazanych w piśmie o unieważnieniu postępowania – zostały one wprowadzone przez zamawiającego w toku postępowania. Wskazano, że w pkt 13.4 SIWZ wskazywała jedynie, że wszystkie ceny należało podawać z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Odwołujący złożył ofertę z poszanowaniem tego zapisu. Zamawiający stosując własne sposoby wyliczenia ceny oferty kwestionował przyjęte zasady zaokrągleń do dwóch miejsc po przecinku. Jeśli cena czasu połączeń w danym przedziale czasowym była rezultatem wyniku działania, to jej liczenie w „drugą stronę" w celu uzyskania stawki za minutę połączenia z „zaokrągloną ceną" da odmienny rezultat – pokaże zaniżoną stawkę w danym przedziale czasowym.

Odwołujący następnie podał przykłady liczenia przez siebie –

tj. dla połączenia międzynarodowego w przedziale czasowym od 6 do 15 sekund – przy przyjęciu łącznego czasu 2 sekund – następnie podzielenie tej ilości przez 60 – w celu uzyskania informacji, ile rzeczywiście minut jest w tym przedziale – daje wartość 0,0333 – czyli 0,03. Następnie następuje mnożenie 0,03 ze stawką 0,40 – co dało wynik 0,012 – po zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku 0,01 – co prawidłowo wpisano w ofercie odwołującego.

Odwołujący podał sposób liczenia przez zamawiającego – tj. mnożenie wartości 0,01 przez 60 sekund i dzielenie przez 2 sekundy, co dało 0,30 zł, jako cenę minuty połączenia.

Następnie podano sposób liczenia bez zaokrąglania- ilość 2 sekund dzielona przez 60 dała wartość 0,0333, która przemnożona przez 0,40 dała stawkę minutową 0,01332 zł. Następnie – zgodnie ze sposobem zamawiającego przemnożono wartość 0,01332 zł przez 60 sekund i podzielono przez 2 – cało to 0,3996 za minutę połączenia.

Podsumowując, wskazano, że przyjmując rozumowanie zamawiającego, to zakwestionować można by każdą ofertę, liczoną z uwzględnieniem przedziałów czasowych i zasady zaokrągleń a taka sytuacja prowadziła do nie uzasadnionej niczym dowolności w kształtowaniu wyników postępowania.

W dniu 1.12.2008r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił wykonawca TOI. Opowiedział się po stronie zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ i treść oferty odwołującego oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczony zarządzeniem Prezesa Izby do rozpatrzenia sprawy ustalił i zważył, co następuje.

Zamawiający zawarł w rozdziale 13 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia regulację dotyczącą sposobu obliczenia ceny w postępowaniu. Wskazał, że wykonawca powinien podać cenę netto usługi za całość zamówienia, wartość brutto usługi – podając ją w zapisie liczbowym i słownym. Podana cena musiała obejmować wszystkie koszty związane ze świadczeniem usługi. Cena miała być podana w złotych, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Na koniec wskazał, że obliczenie ceny nastąpi na podstawie tabeli, stanowiącej załącznik do formularza ofertowego. Tabela – złożona była z pozycji takich jak – ilość połączeń, łączny czas połączeń, cena połączeń, z podziałem na rodzaj połączenia oraz z uwzględnieniem czasu połączenia, opłata abonamentowa, cena za jeden miesiąc świadczenia usług. Zamawiający nie zawierał w SIWZ żadnej dokładnej instrukcji, jakie wartości nie powinny być przez wykonawców obliczane, nie określał swojego kierunku obliczania wartości w celu obliczenia ceny za minutę połączenia. Tabela miała znaczenie informacyjne dla wykonawców co do potrzeb zamawiającego – pełniła po części rolę opisu przedmiotu zamówienia.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej Odwołujący załączył do swojej oferty tabelę, wypełnioną zgodnie z wymaganiami zamawiającego zawartymi w SIWZ. Wpisał tam wartości we wszystkich pustych polach. Odwołujący przy konstruowaniu swojej oferty zastosował się do wszystkich wymagań zamawiającego określonych w SIWZ.

Zamawiający na etapie pierwotnej oceny ofert uznał, że oferty złożone w postępowaniu są prawidłowe. Dopiero na etapie powtórnej oceny ofert zamawiający wskazał swoje sposoby wyliczania wartości za minutę połączenia dla każdego przedziału czasowego i rodzaju połączenia. Następnie wskazał na niezgodności wynikające z jego obliczeń i obliczeń wykonawców i odrzucił na tej podstawie oferty złożone w przedmiotowej części postępowania. W ocenie składu orzekającego zamawiający nie wskazał, które wartości wynikające z oferty odwołującego są nieprawidłowe i powodują błąd w obliczeniu ceny. Inne sposoby liczenia wartości za minutę połączenia dla każdego przedziału czasowego i rodzaju połączenia nie powinny stanowić podstawy do stwierdzenia błędu w obliczeniu ceny w ofercie odwołującego. Zamawiający – oceniając oferty – powinien badać wartości w nich zawarte, a w przypadku nie stwierdzenia błędów w treści oferty – powinien uznać je za prawidłowe. W ocenie składu orzekającego – treść oferty odwołującego nie będzie ulegała poprawie, wszystkie wartości w niej zawarte były prawidłowe, a tym samym

stosownie do brzmienia § 4 projektu umowy – mogłaby być podstawą do określenia cen za świadczone usługi. Inne sposoby obliczania wartości poszczególnych jednostek (np. ceny za minutę połączenia dla danego przedziału czasowego z uwzględnieniem rodzaju połączenia) – prezentowane przez zamawiającego i odwołującego – nie były przedmiotem oferty, w związku z powyższym nie mogły stanowić podstawy do jej odrzucenia.

W związku z powyższym – skład orzekający uznał, że zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp – gdyż nie zawierała ona błędów w obliczeniu ceny.

Ewentualne przyszłe trudności w wykonaniu umowy, przewidywane przez zamawiającego mogłyby stanowić co najwyżej przesłankę do unieważnienia postępowania, z uwagi na nieprawidłowy (niejednoznaczny) opis przedmiotu zamówienia. Jednak w przedmiotowej sytuacji niedookreślenie sposobu obliczania pewnych wartości (nie zawartych w treści oferty) nie spowodowało nieporównywalności ofert w postępowaniu. Wykonawcy mieli wystarczającą informację do kalkulacji swoich ofert.

Zgodnie z art. 184 ust. 1a pkt 3 i 4 Pzp prawo wniesienia odwołania od rozstrzygnięcia protestu w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, podlega ograniczeniu i przysługuje tylko min. od odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wartość zamówienia w przedmiotowej sprawie jest mniejsza niż kwota ustalona w wyżej wskazany sposób, zatem, odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przysługiwało tylko w zakresie odrzucenia oferty w postępowaniu.

Odnośnie kwestii dodatkowych powodów odrzucenia oferty wykonawcy TOI – skład orzekający stwierdził, że po pierwsze – w treści odwołania nie sformułowano wyraźnych zarzutów dotyczących oferty wykonawcy TOI, nie sformułowano żądań odnośnie tej oferty, zawarto jedynie w argumentacji odesłanie do treści protestu, który z kolei odsyłał do tabeli stanowiącej treść innego protestu. Po drugie – stosownie do brzmienia art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – Izba powinna odrzucić odwołanie dotyczące czynności innych niż wymienione w art. 184 ust. 1a ustawy. W powyższym przypadku odwołanie w tej części dotyczyłoby czynności zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy TOI z powodów wskazanych przez odwołującego. Czynność zaniechania odrzucenia odwołania nie została wymieniona w katalogu określonym w art. 184 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. Wobec powyższego – Izba postanowiła nie rozpatrywać odwołania w części dotyczącej wykonawcy TOI.

Odnośnie kwestii orzekania w stosunku do czynności unieważnienia postępowania, podjętej przez zamawiającego – Izba stwierdziła, że art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje odrzucić odwołanie, w części dotyczącej czynności innych

niż wymienione w art. 184 ust. 1a. W katalogu zawartym w przepisie art. 184 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych brak jest czynności unieważnienia postępowania – wobec powyższego Izba postanowiła odrzucić odwołanie w tej części. Niezależnie od powyższego - należy jednak stwierdzić, że zamawiający ma obowiązek dokonania czynności wymienionych

w sentencji niniejszego orzeczenia.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

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

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 **Tarnowie.**

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……

_____

* *niepotrzebne skreślić*