

WYROK
z dnia 19 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 września 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej Alba sp. z o.o. w Chorzowie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Jednostkę Obsługi Finansowej Gospodarki Nieruchomościami w Zabrzu**

przy udziale uczestnika postępowania **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Wielobranżowy Zakład Usługowy Kazimierz Bartodziej i Wspólnicy sp. j. w Rudzie Śląskiej oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej na zadania 2 i 3 przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Wielobranżowy Zakład Usługowy Kazimierz Bartodziej i Wspólnicy sp. j. w Rudzie Śląskiej oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej,

unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej na zadania 2 i 3 przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej Alba sp. z o.o. w Chorzowie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert na zadania 2 i 3 z uwzględnieniem oferty odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża **Jednostkę Obsługi Finansowej Gospodarki Nieruchomościami w Zabrzu** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej Alba sp. z o.o. w Chorzowie** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **Jednostki Obsługi Finansowej Gospodarki w Zabrzu** na rzecz **wspólnie Nieruchomościami wykonawców ubiegających się o zamówienie Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej Alba sp. z o.o. w Chorzowie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Jednostka Obsługi Finansowej Gospodarki Nieruchomościami w Zabrzu zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na utrzymanie czystości wewnętrznych powierzchni wspólnego użytkowania i terenów zewnętrznych zabudowanych nieruchomości komunalnych będących w zarządzaniu Jednostki Obsługi Finansowej Gospodarki Nieruchomościami.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 czerwca 2011 r. pod numerem 2011/S 109 – 180383.

W dniu 31 sierpnia 2011 r. (pismami z dnia 30 sierpnia 2011 r. o nr. JOFGN.ZP.IJ.341-60/2011/II-23/30/416 oraz JOFGN.ZP.IJ.341-60/2011/II-23/32/418) zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej Alba sp. z o.o. w Chorzowie (dalej „odwołujący”) o odrzuceniu ich oferty złożonej m.in. na zadania 2 i 3 oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej na zadania 2 i 3 przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Wielobranżowy Zakład Usługowy Kazimierz Bartodziej i Wspólnicy sp. j. w Rudzie Śląskiej oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej (dalej także „przystępujący”).

Dnia 8 września 2011 r. odwołujący wniósł w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu odwołanie jego kopię przekazując w dniu 8 września 2011 r. zamawiającemu (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą).

Odwołujący zakwestionował czynności i zaniechania zamawiającego, którym zarzucił niezgodność z przepisami ustawy polegającą na naruszeniu:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przy czynności badania i oceny złożonych ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 2 i 3 postępowania;
- 2) art. 87 ust. 2 ustawy poprzez zaniechanie poprawienia omyłek w ofertach odwołującego, w tym w szczególności omyłek rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności ofert ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”), niepowodujących istotnych zmian w treści ofert w zakresie części nr 2 i 3 postępowania;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy poprzez bezpodstawne odrzucenie przez zamawiającego ofert odwołującego w zakresie części 2 i 3 postępowania;
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 2 i 3 postępowania;
- 5) art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie podania w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej uzasadnienia faktycznego stanowiącego podstawę odrzucenia ofert odwołującego w zakresie części 2 i 3 postępowania.

Podnosząc powyższe zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) uchylenia czynności wyboru oferty przystępującego w zakresie części nr 2 i 3 postępowania;
- 2) poprawienia zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy omyłek w ofercie odwołującego w zakresie części nr 2 i 3 postępowania;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania, z uwzględnieniem oferty odwołującego, w zakresie części nr 2 i 3 postępowania.

W uzasadnieniu do podniesionych zarzutów odwołujący wskazał, iż w dniu 31 sierpnia 2011 r., na podstawie przekazanego zawiadomienia o wyborze oferty nr oraz nr najkorzystniejszej (pismo JOFGN.ZP.IJ.341-60/2011/II-23/30/416

pismo

JOFGN.ZP.IJ.341-60/2011/II-23/32/418 przesłane faksem w dnia 31 sierpnia 2011), powziął informację, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy, oferty przez niego złożone, w zakresie części nr 2 i 3, zostały odrzucone przez zamawiającego ze względu na błąd w obliczeniu ceny. Zamawiający stwierdził, iż „wykonawca przyjął nieprawidłową stawkę VAT

we wszystkich częściach zamówienia” oraz „nieprawidłowo dokonał obliczeń matematycznych przy obliczaniu ceny”. Ponadto zamawiający wskazał, iż odwołujący zmienił treść siwz – „wykonawca przy wyliczaniu ceny zastosował dane niezawarte siwz oraz nie dostosował wyliczeń do opisu obliczenia ceny zgodnie z zapisami w siwz.” W ocenie odwołującego czynność odrzucenia ofert złożonych na zadania 2 i 3 jest bezpodstawną i nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy zobowiązany jest odrzucić ofertę zawierającą błędy w obliczeniu ceny. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazał, iż pojęcie „błąd w obliczaniu ceny” definiowane jest jako „niepodlegająca poprawieniu omyłka rachunkowa lub rzeczowa dotycząca sposobu wyceny przedmiotu świadczenia, podstaw wyliczenia, objęcia obliczeniem wszystkich elementów, kompletności i poprawności wyliczeń. Nie mieści się (w ocenie Izby) w tym pojęciu świadome i celowe zastosowanie przez Wykonawcę będącego przedsiębiorcą prowadzącym profesjonalną działalność gospodarczą, takiej a nie innej stawki podatku VAT, za której prawidłowość w świetle obowiązujących przepisów ponosi odpowiedzialność”. Zauważył, iż zamawiający w treści siwz nie wydał jednoznacznych dyspozycji co do sposobu obliczenia ceny oferty. Ponadto zamawiający „nie jest uprawniony do dokonywania wiążącej interpretacji w zakresie właściwej stawki VAT, w inny sposób, aniżeli poprzez wyraźne wskazanie sposobu obliczenia ceny w ofercie (...)”, zatem „nie jest uprawniony do weryfikowania tej stawki w ofercie wykonawcy, tak jak nie jest uprawniony do weryfikowania oświadczenia woli wykonania zamówienia za wskazaną cenę w innym zakresie, aniżeli wyznaczony przepisami art. 91 Ustawy” (wyrok KIO z dnia 1 lutego 2011, sygn. akt KIO 125/11). Dodał, iż w przedmiotowym postępowaniu nie zawarto w siwz żadnych dyspozycji dotyczących zastosowania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia określonej stawki podatku VAT, zatem uznać należy, że bezprawną jest czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 z powodu przyjęcia przez odwołującego nieprawidłowej stawki VAT we wszystkich częściach zamówienia. Odwołujący jednocześnie podkreślił, że zastosowana do obliczenia ceny ofert w przedmiotowym postępowaniu stawka podatku VAT wskazana i przyjęta została prawidłowo tj. zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy o podatku od towarów i usług. Przesłanki i podstawy zastosowania przedmiotowych stawek podatku VAT wyjaśnione zostały przez odwołującego w wymaganej formie i terminie, na żądanie zamawiającego, pismem z dnia 29 lipca 2011 r. Nie jest zdaniem odwołującego również błędem skutkującym odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy „nieprawidłowe dokonanie obliczeń matematycznych przy obliczaniu ceny”. Zgodnie z ustalonym poglądem orzecznictwa i doktryny uznaje się bowiem, że błąd rachunkowy nie jest

błędem w obliczeniu ceny. Przyjętym jest, że cechą odróżniającą błąd rachunkowy od błędów w obliczeniu ceny jest m.in. możliwość ewentualnej poprawy tego pierwszego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy. Błąd w obliczeniu ceny natomiast, jako błąd polegający na nieprawidłowym założeniu zasadności zastosowania pewnych standardów prawnych (wyrok KIO z 18 lutego 2011, sygn. akt KIO 232/11), poprawieniu ulec nie może. Mając na względzie, że zamawiający jednoznacznie zakwalifikował popełniony przez odwołującego jako „błąd matematyczny”, a więc innymi słowy rachunkowy, bezsprzecznym zdaniem odwołującego jest, iż zobligowany był, zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy, dokonać czynności poprawienia tegoż. Odwołujący wyraził pogląd, iż ustawa nie zawiera żadnego ograniczenia co do zakresu poprawy omyłek rachunkowych, a w szczególności nie uzależnia dopuszczalności dokonania zmiany od skutków, które wywołane zostaną w treści oferty. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy zamawiający zobowiązany jest dokonać poprawy

omyłki, choćby poprawa skutkowała nawet istotną zmianą treści oferty. W konsekwencji odwołujący podniósł, że bezpodstawnym jest odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy ofert złożonych przez niego w zakresie części 2 i 3 postępowania.

Odwołujący argumentował ponadto, iż zamawiający jako podstawę prawną odrzucenia jego ofert wskazał również art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, uzasadniając, że wykonawca przy wyliczeniu ceny zastosował dane niezawarte w siwz oraz nie dostosował wyliczeń do opisu obliczenia ceny zgodnie z zapisami siwz. Odwołujący wyjaśnił, iż obliczając cenę ofert postąpił zgodnie z wymogami zamawiającego określonymi w siwz. Zamawiający w rozdziale 10 siwz zażądał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia ofertę złożył na załącznikach o treści zgodnej z załączonymi w siwz wzorami (rozdział 10, pkt 10.5 siwz). Ponadto zamawiający we wzorach formularzy cenowych opisanych na załącznikach A. I do siwz, określił podstawowe, niezbędne dane do obliczenia ceny oferty, a także przedstawił instrukcję, w myśl której wykonawca zobligowany był skalkulować cenę oferty dla odpowiednich części przedmiotowego zamówienia. Zamawiający uszczegółowił powyższe informacje dotyczące sposobu obliczenia ceny w skierowanych do wykonawców wyjaśnieniach do siwz. Odwołujący wszystkie wymagane informacje i polecenia uwzględnił w złożonych przez siebie ofertach. Zamawiający jako podstawę faktyczną odrzucenia ofert odwołującego wskazał, że odwołujący wyliczając cenę zastosował dane niezawarte w siwz. Mając jednakże na względzie, że odwołujący, postępując zgodnie z poleceniami zamawiającego zawartymi w siwz, złożył oferty na wzorach formularzy zawartych w siwz, a obliczając cenę ofert, uwzględnił dane i instrukcje zamawiającego przedstawione na tychże formularzach, jak również uwzględnił zmiany i informacje zawarte w udzielonych przez zamawiającego wyjaśnieniach do siwz, to uznać należy, że w przedmiotowej sytuacji nie ziszczają się przesłanki odrzucenia oferty określone w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż oferty

odwołującego odpowiadają treści siwz. Dla oceny przedmiotowej sytuacji w opinii odwołującego istotnym jest także, że zamawiający nie wskazał w treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej sporządzonego zgodnie z wymogami określonymi w art. 92 ust. 1 ustawy, rodzaju danych, które, w jego ocenie, przyjęte zostały przez odwołującego jako podstawa obliczeń ceny oferty, niezgodnie z treścią siwz. W związku z powyższym z uwagi na fakt, iż cena ofert obliczona przez odwołującego skalkulowana została zgodnie z wymogami instrukcjami zawartymi w siwz, a zamawiający w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty odwołującego, w treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, poprzestał wyłącznie na ogólnym stwierdzeniu, że dane przyjęte do obliczenia ceny oferty nie zostały zawarte w siwz, a jednocześnie nie sprecyzował i nie wskazał rodzaju lub nazwy tychże „danych”, to uznać należy, że przedmiotowa czynność zamawiającego (odrzućenie oferty na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy) jest nieuzasadniona i bezpodstawa. Zamawiający w dalszej części uzasadnienia (uzasadnienie faktyczne) odrzucenia ofert odwołującego na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wskazał, że odwołujący nie dostosował wyliczeń do opisu obliczenia ceny zgodnie z zapisami siwz. Zgodnie z postanowieniem rozdziału 12 pkt 12.3 siwz, „cena (oferty) jednoznacznie musi wynikać z wyliczeń dokonanych w formularzu ofertowym poz. 1. Przy wypełnianiu formularza ofertowego wykonawca winien wyliczyć podatek VAT, stosując zasady, że kwoty zaokrągla się do pełnych groszy, przy czym końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się a końcówki 0,5 grosza i wyższe zaokrągla się do 1 grosza.” Z uwagi na fakt, iż zawarte przez zamawiającego w treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej sporządzonego zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie precyzuje rodzaju dokonanego przez odwołującego uchybienia w wyliczeniach, skutkującego sporządzeniem oferty w sposób nieodpowiadający treści siwz, odwołujący oświadczył, że obliczając cenę oferty w zakresie każdej z części przedmiotowego postępowania, zastosował się do wszelkich wymogów i instrukcji zamawiającego zawartych w siwz, w tym w szczególności do postanowień rozdziału 12 siwz oraz załączników A. I - „Formularz cenowy”. Z ostrożności procesowej, na wypadek, gdyby, w ocenie zamawiającego, przyczyną odrzucenia oferty odwołującego, było sprzeczne z zasadami ustalonymi w pkt. 12.3 siwz, zaokrąglenie wartości podatku VAT, odwołujący podnosi, że omyłka taka nie stanowi przesłanki, której spełnienie, wypełnia dyspozycję normy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, skutkując odrzuceniem oferty, jako sporządzonej niezgodnie z (nieodpowiadającej treści) siwz. Przepis artykułu 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty wyłącznie w przypadku, gdy poprawa omyłek w

ofercie wykonawcy, polegających na niezgodności oferty z treścią siwz, skutkować będzie istotną zmianą tejże oferty. Uznać więc zdaniem odwołującego należy, że ciężący na zamawiającym bezwzględny obowiązek odrzucenia niezgodnej z treścią siwz oferty,

aktualizuje się nie w każdym przypadku niezgodności treści oferty z siwz, ale wyłącznie w takim, który uniemożliwia stosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zdaniem odwołującego omyłka, o której mowa powyżej, polegająca na nieprawidłowym zaokrągleniu wartości podatku VAT ujętych w formularzach cenowych z uwagi na fakt że, w przypadku gdyby została popełniona, to nie zniekształcałaby w stopniu znaczącym oświadczenia woli złożonego przez odwołującego, nie może być kwalifikowana jako omyłka skutkująca istotną zmianą treści oferty. Powyższe potwierdza również okoliczność, że omyłka owa dotyczyłaby niewielkich wartości - kwot niewpływających znacząco na całkowitą cenę oferty. Poprawienie przedmiotowej omyłki w niniejszym stanie faktycznym nie spowodowałoby również „wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy” (wyrok KIO z dnia 9 marca 2011, sygn. akt KIO 362/11). Odwołujący podniósł zatem, że soko omyłka, o której mowa powyżej, nie może być kwalifikowana jako istotnie zmieniająca treść siwz, choć bez wątpienia polega na niezgodności oferty z siwz, to z uwagi na przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 („z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”), podlega poprawieniu i nie wywołuje skutku w postaci odrzucenia oferty. Istotnym dla oceny przedmiotowej sytuacji jest również okoliczność, że zgodnie z ustalonym zdaniem doktryny i orzecznictwa pojęcie „innej pomyłki” nie powinno być interpretowane zawężająco - również omyłki dotyczące sposobu obliczenia ceny inne niż oczywiste omyłki rachunkowe powinny podlegać poprawieniu w trybie tego przepisu” (wyrok KIO z dnia 30 maja 2011, sygn. akt KIO 1066/11). Ponadto odwołujący wskazał, że zawarta w wyjaśnieniach z dnia 29 sierpnia 2011 r. prośba o poprawienie omyłki rachunkowej, w zakresie części nr 4 postępowania również nie stanowi potwierdzenia zawartej w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej tezy, że odwołujący nie dostosował wyliczeń do opisu obliczenia ceny zgodnie z zapisami z siwz. Dokonany przez odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 29 sierpnia 2011 r. opis omyłki rachunkowej jednoznacznie bowiem przesadza, że omyłkę ową kwalifikować należy jako oczywistą omyłkę rachunkową, do której poprawienia zamawiający zobowiązany jest w trybie art., 87 ust. 2 pkt 2 ustawy. Tym samym odwołujący podniósł, że bezpodstawnym jest odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy ofert złożonych przez niego w zakresie części 2 i 3 postępowania.

W świetle powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający zawiadomił w dniu 8 września 2011 r. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Wielobranżowy Zakład Usługowy Kazimierz Bartodziej i Wspólnicy sp. j. w Rudzie Śląskiej oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej o odwołaniu wzywając do przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz przesyłając kopię odwołania.

Pismem z dnia 9 września 2011 r. do Prezesa Izby (wpływ bezpośredni tego samego dnia potwierdzony prezentatą) zostało wniesione zgłoszenie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Wielobranżowy Zakład Usługowy Kazimierz Bartodziej i Wspólnicy sp. j. w Rudzie Śląskiej oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Pismem datowanym na 19 września 2011 r. (wpływ do Prezesa Izby za pośrednictwem faksu w tym samym dniu) zamawiający odpowiedział na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Wskazał, iż stawka jaką odwołujący przyjął do niektórych czynności jest źle zastosowana, gdyż stawka VAT dla czynności pomocniczej musi być taka sama jak stawka VAT dla czynności zasadniczej. Całość zamówienia zgodnie ze szczegółowym przedmiotem zamówienia jak i z załączonym do siwz wzorem umowy została przedstawiona wykonawcom jako utrzymanie czystości zewnętrznych i utrzymanie czystości wewnętrznych. Zamawiający nie miał możliwości połączenia i ujednolicenia obu czynności ze względu na różną stawkę VAT. Zamawiający wskazał zatem wykonawcom również w formularzu cenowym czynności pomocnicze jako sprzątnięcie i załadunek do kontenerów odpadów wielkogabarytowych z

podziałem na czynności o różnej stawce VAT. Wyjaśnił alej, iż usługa utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych wspólnego użytkowania jest sklasyfikowana pod symbolem 81.21.10 klasyfikacja PKWiU 2008 (stawka podatku 23%), natomiast usługa utrzymania czystości terenów zewnętrznych zabudowanych jest sklasyfikowana pod symbolem 81.29.12.0 klasyfikacja PKWiU 2008 (stawka podatku 8%).

W odniesieniu do zarzutu odwołującego, który dotyczy nieprawidłowego odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający argumentował, iż jednoznacznie określił sposób obliczenia ceny podając do wyliczenia ceny netto ilość miesięcy i dni wykonania zamówienia. Dni zostały podane jako ułamek zwykły (17 dni miesiąca), tj. 17/30. Odwołujący jednak, jak wynika z jego wyjaśnień z dnia 29 sierpnia 2011 r., w żadnym wyliczeniu nie uwzględnił liczby 17/30. Zamawiający dokładnie sprecyzował część miesiąca - 17/30 i nie dopuścił na tym etapie wyliczeń zamiany ułamka zwykłego na dziesiętny zaokrąglając go do dwóch miejsc po przecinku. Zamawiający jasno określił, iż zaokrąglenia należy dokonać w ostatniej fazie wyliczeń, tzn. podając cenę netto. Ponadto odwołujący świadomie i calowo zmienił treść siwz w zakresie określonego w niej opisu sposobu obliczenia ceny. Zamawiający podkreślił, iż precyzyjna instrukcja sposobu obliczenia ceny znajduje się w siwz przedmiotowego postępowania pod tabelą nr 1 formularza cenowego dla

każdej części. Zamawiający wskazał także, iż w tym przypadku nie może uznać celowego działania wykonawcy zmieniającego treść siwz za oczywistą omyłkę rachunkową, jak również jako inną omyłkę polegającą na niezgodności z siwz, gdyż wówczas działałby niezgodnie z zasadami zachowania uczciwej konkurencji. Dodał, iż dwóch z czterech wykonawców dostosowało sposób wyliczeń do opisu zawartego w siwz. Bezspornym jest fakt, że na wykonawcy ciąży obowiązek starannego i prawidłowego przygotowania oferty, tak też i cena powinna być przez wykonawcę wyliczona w taki sposób, aby nie było wątpliwości, że jest ona prawidłowa. Odwołujący nie dołożył w tym przypadku starań i nie sprawdził prawidłowości działań matematycznych działając tym samym na swoją niekorzyść. Zamawiający wyraził pogląd, iż niedopuszczalne jest poprawianie omyłek, które są wynikiem niedbalstwa wykonawcy i braku należytej staranności, gdyż stanowią one wówczas zawinione działanie, które nie mieści się w definicji pojęcia „omyłki”, a w konsekwencji przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie mógł znaleźć zastosowania.

Zamawiający oświadczył także, iż nie ma zastrzeżeń do zaokrągleń VAT w formularzach cenowych zastosowanych przez odwołującego. Wskazał ponadto, iż w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty podał uzasadnienie prawne i faktyczne.

Na rozprawie w dniu 19 września 2011 r. odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również pod oświadczenia i stanowisko biorąc uwagę odwołującego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w dniu 31 sierpnia 2011 r. (pismami z dnia 30 sierpnia 2011 r. o nr. JOFGN.ZP.IJ.341-60/2011/II-23/30/416 oraz JOFGN.ZP.IJ.341-60/2011/II-23/32/418) zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty złożonej m.in. na zadania 2 i 3 oraz o wyborze jako najkorzystniejszej na te zadania oferty złożonej przez przystępującego.

W uzasadnieniu obu pism wskazano jako podstawę prawną odrzucenia oferty odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp. Jako uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty podano błąd w obliczeniu ceny tj. „wykonawca przyjął nieprawidłową stawkę VAT we wszystkich częściach zamówienia” oraz „wykonawca nieprawidłowo dokonał obliczeń matematycznych przy obliczaniu ceny”. Dalej wskazano także, iż powodem odrzucenia oferty odwołującego była

„zmiana treści specyfikacji – wykonawca przy wyliczeniu ceny zastosował dane niezawarte w SIWZ oraz nie dostosował wyliczeń do opisu obliczenia ceny zgodnie z zapisami w SIWZ”.

Uwzględniając tak ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania

ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Przymiot uczestnika postępowania uzyskali wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Wielobranżowy Zakład Usługowy Kazimierz Bartodziej i Wspólnicy sp. j. w Rudzie Śląskiej oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej wykonawca zgłaszając skutecznie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron oraz przystępującego, Izba stwierdziła, że odwołanie należało uwzględnić.

Izba wyraża pogląd, iż dowód zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny (art. 190 ust. 1 Pzp nawiązujący do art. 6 kc). Zatem na gruncie rozpoznawanej sprawy zaistnienie okoliczności uzasadniających odrzucenie oferty wynikających z komentowanych przepisów powinno być udowodnione przez zamawiającego w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji nie zostaną zachowane. Zamawiający jest zobowiązany w toku czynności badania ofert ustalić, że powołana przez niego przesłanka odrzucenia oferty zaktualizowała się, a następnie poinformować o poczynionych ustaleniach i ich konsekwencjach wykonawców podając - stosownie do normy wyrażonej w art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp - nie tylko uzasadnienie prawne (podstawę prawną swojej decyzji), ale także uzasadnienie faktyczne.

W realiach niniejszej sprawy zamawiający wadliwie dokonał czynności poinformowania odwołującego o odrzuceniu jego oferty złożonej na zadanie 2 i 3, bowiem - wbrew dyspozycji przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp - zaniechał podania uzasadnienia faktycznego dokonanej wobec odwołującego czynności.

Wskazanie przez zamawiającego w obu pismach z dnia 30 sierpnia 2011 r. podstawy prawnej oraz ogólnikowe sformułowanie o błędzie w obliczeniu ceny polegającym na przyjęciu przez odwołującego nieprawidłowej stawki VAT we wszystkich częściach zamówienia oraz nieprawidłowym dokonaniu obliczeń matematycznych przy obliczaniu ceny nie stanowi uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający nie wskazał precyzyjnie na czym ów błąd w obliczeniu ceny polegał, jaka powinna być prawidłowa stawka podatku VAT oraz jakie błędy zostały popełnione w odniesieniu do „obliczeń matematycznych przy obliczaniu ceny”. Co do niezgodności treści oferty z treścią siwz z uzasadnienia faktycznego nie sposób wywieść, na czym miała polegać „zmiana treści specyfikacji” oraz jakie nie przewidziane w siwz dane zostały zastosowane przez odwołującego przy obliczaniu ceny, a także w jakim zakresie odwołujący „nie dostosował wyliczeń do opisu obliczenia ceny zgodnie z zapisami w SIWZ”. Nie jest także wiadomym, którym postanowieniom siwz w tym zakresie odwołujący uchybił.

W konsekwencji Izba podziela pogląd odwołującego, że uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego zawarte w pismach z dnia 30 sierpnia 2011 r. ograniczające się do przytaczanych wyżej ogólnikowych stwierdzeń nie może być uznane za uzasadnienie faktyczne realizujące cel normy art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp. Trafnie zauważył na rozprawie odwołujący, iż w istocie dopiero odpowiedź zamawiającego na odwołanie stanowiła uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia jego oferty złożonej na zadanie 2 i 3.

Zasadnym jest podkreślenie, iż uzasadnienie podane w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy z postępowania warunkuje zakres składanych środków ochrony prawnej. Jego treść z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu (tak też wyroki KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11; z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1066/10). Z tego względu brak precyzyjnego wskazania na czym polegają niezgodności treści oferty z treścią siwz bądź błędy w obliczeniu ceny (niewskazanie konkretnego postanowienia siwz, któremu wykonawca uchybił, nie podanie prawidłowej zdaniem zamawiającego stawki VAT, niezdefiniowanie i brak skonkretyzowania na czym polegały nieprawidłowo dokonane obliczenia matematyczne przy obliczaniu ceny)

proceedzi do wniosku, iż zamawiający w istocie nie poinformował odwołującego o przyczynie odrzucenia jego oferty. To na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn wykluczenia czy odrzucenia oferty (tak też w wyroku KIO z dnia 7 września 2010 r., sygn. akt KIO 1819/10). Wykonawca nie powinien domniemywać, na czym polegają

stwierdzone przez zamawiającego nieprawidłowości w jego ofercie prowadzące do jej odrzucenia. Nie stanowi wypełnienia dyspozycji normy art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp podanie przez zamawiającego dopiero na rozprawie czy w odpowiedzi na odwołanie uzasadnienia faktycznego podjętych wobec odwołującego decyzji (tak też wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1620/11 oraz KIO 1625/11), a tak zamawiający postąpił w rozpoznawanej przez Izbę sprawie.

Zważywszy, iż obowiązek zawiadamiania wykonawców określony w art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, stanowi realizację wyrażonej w art. 8 ust. 1 Pzp zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 Pzp ustawy zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji Izba wyraża pogląd, iż w okolicznościach rozpatrywanej sprawy zamawiający w sposób lakoniczny i ogólnikowy uzasadniając podjęte wobec odwołującego czynności, pozbawił go możliwości oceny poprawności podjętych przez zamawiającego decyzji i ewentualnego ich rzeczowego zakwestionowania poprzez wniesienie odwołania, uchylając tym samym fundamentalnym regułom rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle powołanych reguł niedopuszczalnym jest wymuszanie przez zamawiającego, aby wykonawca kwestionujący zasadność podjętych wobec niego przez zamawiającego czynności, samodzielnie zidentyfikował (nie koniecznie trafnie) przyczyny odrzucenia oferty (w tym przypadku samodzielnie identyfikował błędy w obliczeniu ceny oraz postanowienia siwz, z którymi jego oferta jest niezgodna), a następnie w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemanych przyczyn decyzji zamawiającego. W takich okolicznościach faktycznych dopiero w odpowiedzi na odwołanie odwołujący oraz pozostali wykonawcy – w polemice zamawiającego z zarzutami odwołania – dowiadują się, że odwołujący nie ma racji, gdyż zupełnie z innych przyczyn zamawiający odrzucił jego ofertę bądź, że trafnie zostały przez odwołującego przyczyny odrzucenia zrekonstruowane, jednak zamawiający uważa, iż jego decyzja jest prawidłowa. Taka sytuacja musi być przez Izbę uznana za niedopuszczalną, bowiem – jak wynika z normy wyrażonej w art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp – to zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie faktyczne podejmowanych czynności, tak aby wykonawcom zagwarantować możliwość weryfikacji decyzji zamawiającego w toku procedury odwoławczej.

W realiach rozpatrywanej sprawy odwołujący wprowadził sformułował w odwołaniu zarzuty kwestionujące prawidłowość odrzucenia jego oferty, jednak wobec wadliwie sporządzonej przez zamawiającego informacji o odrzuceniu oferty odwołującego złożonej na zadanie 2 i 3, Izba uznała je za przedwczesne. Trzeba jeszcze raz zaznaczyć, iż uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny

legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się wnosząc odwołanie. Bieg terminu na wniesienie środka ochrony prawnej rozpoczyna się z chwilą otrzymania prawidłowo sporządzonej informacji o wyniku postępowania, o odrzuceniu oferty czy wykluczeniu wykonawcy. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy zatem termin ten zaczyna biec, gdy zamawiający w wyniku powtórzenia procedury badania i oceny ofert poinformuje odwołującego w sposób wymagany przez art. 92 ust. 1 Pzp o podjętej wobec niego decyzji.

W konsekwencji biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne i prawne uwzględnione przez Izbę na gruncie badanej sprawy należy podzielić stanowisko prezentowane przez odwołującego, iż zamawiający w niniejszym postępowaniu uchybił przepisowi art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Powołane uchybienia mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Prawidłowe wykonanie przez zamawiającego obowiązku wyrażonego w art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, gwarantujące realizację zasady jawności postępowania oraz równego

traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, determinuje skorzystanie przez wykonawców z uprawnienia do wnoszenia środków ochrony prawnej. Wyłącznie wykonawca mający wyczerpujące informacje o przyczynach poszczególnych decyzji zamawiającego może się do nich odnieść decydując o ewentualnym wniesieniu środka ochrony prawnej, co przesądza o uwzględnieniu odwołania.

W tym stanie rzeczy, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:
