

WYROK
z dnia 21 listopada 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 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 10 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. uwzględnia odwołanie i unieważnienia postępowanie

2.kosztami postępowania obciąża **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Jana z Kolna 8, 81-912 Gdynia** i nakazuje:

1

- 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 uiszczanego przez **Impel Cleaning Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury ul. Jana z Kolna 8, 81-912 Gdynia** na rzecz **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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, sprzątnięcie dróg, chodników i placów utwardzonych oraz utrzymanie i pielęgnację terenów zieleni w kompleksach wojskowych administrowanych przez WAK 3 Babie Doły”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 12 lipca 2008 r., nr 2008/S 134-179784.

Zamawiający w dniu 3 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 wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ELWOZ Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Szklana, zwanego dalej „ELWOZ”.

2

Pismem z dnia 9 października 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 10 października 2008 r.) Odwołujący wniósł protest wobec czynności Zamawiającego, tj.:

1. odrzucenia jego oferty,
2. wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ELWOZ.

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 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

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

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał, iż oferta ELWOZ również zawiera omyłki rachunkowe oraz błędy w obliczeniu ceny. ELWOZ błędnie obliczył uśrednioną cenę jednostkową dla terenów utwardzonych w okresie zimowym, dokonując zaokrąglenia w sposób sprzeczny z obowiązującymi zasadami (ELWOZ wpisał „0,29” zamiast prawidłowo „0,30”). Tym samym jego oferta powinna zostać odrzucona, a postępowanie unieważnione. Powyższe stanowi więc naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Nadto podniósł, iż zaoferowana przez Odwołującego 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, tym samym 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 20 października 2008 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest, poprzez jego oddalenie, wskazując, iż cena postępowania nie jest ceną ryczałtową. Natomiast oferta ELWOZ nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, gdyż wykonawca prawidłowo – zgodnie z art. 114 k.c. – przyjął, iż jeżeli termin liczony jest w miesiącach miesiąc liczy się za dni 30, a nie - jak to wskazał Odwołujący dla potrzeb przedmiotowego postępowania - wynosi 30,45, konsekwencją czego jest błąd w wyliczeniu uśrednionej ceny jednostkowej dla terenów utwardzonych w okresie zimowym (sposób zaokrąglenia ceny).

Pismem z dnia 24 października 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie, wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 29 października 2008 r.). Przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 24 października 2008 r.

3

Odwołujący podtrzymał zarzuty i wnioski wskazane w proteście, oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności wskazanych w odwołaniu.

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 iżby zważył co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut błędnego obliczenia ceny jednostkowej netto w pozycji 4 „Formularza cenowego – kalkulacja” – załącznik nr 3 oferty ELWOZ nie potwierdził się.

Zamawiający w „Formularzu cenowym – kalkulacja” żądał podania przez wykonawców ceny jednostkowej netto w pozycji 4 przedmiotowego formularza, która zgodnie z pouczeniem zawartym pod tabelą powinna stanowić średnią arytmetyczną ceny jednostkowej za 1m² dla warunków zimy lekkiej, średniej i ciężkiej.

ELWOZ w pozycji 4 załącznika nr 3, kolumna 4 „cena jednostkowa netto” podał cenę „0,29” zł. Poniżej tabeli wskazał m.in. ceny jednostkowe utrzymania w czystości terenów utwardzonych w okresie zimy lekkiej, zimy średniej oraz zimy ciężkiej, które określił odpowiednio na: 0,85 zł; 0,95 zł i 1,10 zł za 100 m²/dobę.

Odwolujący podniósł, iż podana przez ELWOZ cena jednostkowa netto w kwocie 0,29 zł, nie została wyliczona prawidłowo, gdyż wykonawca przy jej obliczeniu przyjął błędny współczynnik dób w miesiącu, tj.30, zamiast prawidłowo 30, 45.

Iżba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, gdyż skoro Zamawiający nie określił w SIWZ liczby dni, które należy przyjąć jako współczynnik dób w miesiącu, należy odwołać się do treści art. 114 k.c., z którego w sposób jednoznaczny i nie budzący żadnych wątpliwości interpretacyjnych wynika, iż jeżeli termin jest oznaczony w miesiącach (...) miesiąc liczy się za dni trzydzieści. Tym samym ELWOZ prawidłowo wyliczył cenę jednostkową w pozycji 4 „Formularza cenowego – kalkulacja”, przyjmując, iż przedmiotowy współczynnik wynosi 30.

Zarzut dotyczący bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego nie potwierdził się.

Zamawiający w SIWZ, rozdział VII „Składanie ofert” zamieścił postanowienie, iż oferta powinna być przygotowana zgodnie z wymogami SIWZ oraz formularzem stanowiącym

4

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 netto, wartość netto i brutto zamówienia za 48 m-cy dla obiektów kubaturowych, terenów zielonych oraz terenów utwardzonych poza zimą oraz w okresie zimowym, przy czym dla tych ostatnich dodatkowo określono sposób obliczenia ceny jednostkowej netto oraz wypełnienia kolumny „wartość netto zamówienia za 48 m-cy”.

Odwolujący w formularzu oferty jako cenę brutto oferty wskazał kwotę 2.286.249,90 zł (kwota VAT 334.643,82 zł), którą to kwotę także wskazał w poz. 5 „Formularza cenowego – kalkulacja”. Natomiast w poz. 4 „Tereny utwardzone w okresie zimowym” kolumna 5 „Wartość netto zamówienia za 48 miesięcy (zł)” wpisał „a) 1.002,00 co daje przez okres wykonywania umowy b) 16.032,00”.

Kwestią podstawową w niniejszej sprawie 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.

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 w okresie zimowym 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

5

od kwoty zaoferowanej w kolumnie 5 pozycja 4 „Formularza cenowego – kalkulacja”, a więc wartości netto zamówienia dla terenów utwardzonych w okresie zimowym. Wynagrodzenie za wykonanie prac w okresie zimowym ustalone bowiem będzie na podstawie faktycznie wykonanych prac (zgodnie z zasadami określonymi w § 4 i 5 projektu umowy) oraz po cenach wskazanych pod tabelą zamieszczoną w załączniku nr 3. Również sam Zamawiający konsekwentnie podkreślał, iż wynagrodzenie za wykonanie usługi określonej w pozycji 4 formularza, stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, jest wynagrodzeniem kosztorysowym, ze względu na różne warunki zimowe, ich intensywność, ilości faktycznie wykonywanych usług, a od których uzależniona jest wysokość faktycznego wynagrodzenia.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu charakter przedmiotu zamówienia oraz charakter wynagrodzenia wskazuje, iż miesięczna cena jest ceną ryczałtową, w stosunku do poz. 1, 2 i 3 „Formularza cenowego – kalkulacja”, a więc dotyczy utrzymania czystości: obiektów kubaturowych, terenów zielonych i terenów utwardzonych poza zimą. Natomiast cena oferty obliczona na podstawie „Formularza cenowego - kalkulacja” w pozycji 4, dotycząca utrzymania w czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym i uwzględniająca wszystkie elementy wskazane przez Zamawiającego, ma charakter wynagrodzenia kosztorysowego. Powyższe oznacza, iż ewentualny błąd w wypełnieniu przedmiotowej pozycji (4) powinien skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy.

Odwołujący w pozycji 4 kolumna 5 kwestionowanego „Formularza” wskazał wartość netto 1 miesiąca zimowego oraz wartość netto zamówienia za 16 miesięcy, co zdaniem Zamawiającego wynika z wyliczeń matematycznych i literalnego brzmienia treści złożonej oferty, a do czego Odwołujący nie miał żadnych podstaw w SIWZ.

Natomiast Odwołujący podkreślił na rozprawie, iż złożył oświadczenie, z treści którego wynika, iż zaoferował cenę za 48 miesięcy. Zamawiający nie tylko, że nie wyjaśniał złożonego przez niego oświadczenia, ale w sposób nieuprawniony przyjął, że zapis w przedmiotowej pozycji obejmuje 16 miesięcy.

Izba ustaliła, iż poza zapisem rozdziału VIII „Sposób obliczenia ceny” oraz zapisami załącznika nr 3 znajdującymi się pod tabelą „Formularza cenowego – kalkulacja” z treści SIWZ jednoznacznie nie wynika sposób wypełnienia pozycji 4 przedmiotowego załącznika.

Zapis zawarty pod tabelą przedmiotowego załącznika wskazuje bowiem, iż uśrednioną cenę jednostkową należało pomnożyć przez powierzchnię i tak otrzymaną kwotę następnie wpisać w kolumnie 5 (wartość netto zamówienia za 48 miesięcy). Natomiast tytuł przedmiotowej kolumny wskazuje, iż należało określić tę kwotę za 48 miesięcy.

Tym samym Zamawiający nie dookreślając, że wartość w kolumnie 5 tabeli należy otrzymać przez pomnożenie otrzymanego iloczynu ceny jednostkowej netto i powierzchni przez „48”, doprowadził do sytuacji, w której wykonawcy wypełnili tę kolumnę w różny sposób (jeden wykonawca wskazał kwotę za 48 miesięcy, jeden wykonawca kwotę

6

miesięczną, a Odwołujący kwotę miesięczną oraz - jak twierdzi – kwotę 48 miesięczną, z uwzględnieniem tego, iż przez całe 48 miesięcy te prace faktycznie nie będą wykonywane, przy czym wbrew temu co - zdaniem Zamawiającego - wynika z wyliczeń matematycznych). Powyższe powoduje, że nie można w sposób prawidłowy dokonać oceny i złożonych ofert, w tym oferty Odwołującego. Wbrew temu co twierdzi Zamawiający z treści SIWZ nie wynikało jednoznacznie, iż wartość netto 1 miesiąca należało przemnożyć przez 48 miesięcy. Tak więc kolumnę 5 w pozycji 4 „Formularza cenowego – kalkulacja” można było wypełnić w różny sposób (w sposób przyjęty przez każdego z wykonawców) i każdy z nich mógłby być uznany za prawidłowy, powodując nieporównywalność ofert.

Zdaniem Izby powyższe rozbieżności związane z brakiem konsekwencji w opisie wyliczenia kwoty w kolumnie 5, jak również zawarte w opisie charakteru wynagrodzenia,

powinny istotnie prowadzić do unieważnienia przedmiotowego postępowania.

W ocenie Izby nie jest możliwe zastosowanie art. 88 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w brzmieniu wprowadzonym ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2008 r., Nr 171, poz. 1058), gdyż z treści tego przepisu wynika możliwość poprawienia m.in. omyłek rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Natomiast Zamawiający konsekwentnie wskazywał na rozprawie, iż Odwołujący popełnił błąd w obliczeniu ceny, a nie omyłkę rachunkową.

Zakwalifikowanie zapisu z kolumny 5 formularza jako omyłki spowoduje istotne zmiany w treści oferty. Zmienić się bowiem może nie tylko zapis z kolumny 5, a Odwołujący twierdzi, że jest on poprawny, ale i zmienić się może wartość całego zamówienia.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego 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).

7

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*

8