

o y

't'

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 04 luty 2009 roku

Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:
Przewodniczący: SSO Marek Grodziński
Sędziowie: SSO Jolanta Safader- Skwarlińska

SSO Grażyna Tarkowska (spr.)

Protokolant: Beata Rrenc

po rozpoznaniu w dniu 04 lutego 2009 roku, w Gdańsku, na rozprawie
sprawy ze skargi:

1. Zamawiającego Skarbu Państwa- Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Gdyni,
2. odwołującego wykonawcy- Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu

w przedmiocie zamówienia publicznego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 listopada 2008 roku

sygn. aktKIO/UZP 1246/08

L) zmienia zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym w ten sposób, że uwzględnia
odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego wykonawcy- Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. dokonanie czynności ponownego badania, oceny i wyboru ofert;

(G oddała skargą —ego Skarbu Państwa- Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Gdyni;

III. zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawcy- Impel Cleaning Spółki

z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu kwotę 3.600,00 zł (trzy tysiące
sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Zamawiający Skarb Państwa - Rejonowy Zarząd Infrastruktury z siedzibą w Gdyni 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 pielęgnację terenów zieleni w kompleksach wojskowych administrowanych przez WAK 3 Babie Doły”.

W dniu 03 października 2008 r. zamawiający poinformował Impel Cleaning Spółkę z o.o. z siedzibą we Wrocławiu o odrzuceniu jej oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt.6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.) ze względu na omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, zawarte w ofercie, których nie można było poprawić na podstawie art.88 ustawy Pzp oraz o wyborze oferty „ELWOZ” Spółki z o.o. z siedzibą w Szklanej jako oferty najkorzystniejszej.

Wobec wskazanych czynności zamawiającego Impel Cleaning Spółka z o.o. we Wrocławiu w dniu 10 października 2008 r. wniosła protest zarzucając naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 88 ust. 1 pkt. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 6, art. 91 ust. 1 Pzp, a także domagając się uchylecia czynności zamawiającego w przedniocie odrzucenia jej oferty oraz uchylecia wyboru oferty „ELWOZ” Sp. z o. o. jako oferty najkorzystniejszej i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Uzasadniając swoje stanowisko protestujący Spółka Impel Cleaning wskazała, iż oferta „ELWOZ” Spółki z o.o. zawiera omyłki rachunkowe oraz błędy w obliczeniu ceny. Tym samym oferta ta powinna zostać odrzucona, a postępowanie unieważnione. Protestujący podniósł także, iż cena zaoferowana przez Spółkę Impel Cleaning została obliczona w sposób prawidłowy z uwzględnieniem wszystkich wymogów zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jego zdaniem podana cena jest ceną ryczałtową i jako taka jest poprawna, niezależnie od sposobu jej obliczenia.

Pismem z dnia 20 października 2008 r. zamawiający oddalił protest wskazując, iż cena postępowania nie jest ceną ryczałtową a oferta Spółki „ELWOZ” nie zawiera błędów w obliczeniu ceny.

W dniu 24 października 2008 r. Spółka Impel Cleaning wniosła odwołanie podtrzymując zarzuty i wnioski wskazane w proteście.

Wyrokiem z dnia 21 listopada 2008 roku, w sprawie o sygnaturze akt KIO/UZP 1246 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i unieważniła postępowanie, a kosztami postępowania obciążyła zamawiającego.

Uzasadniając swoje rozstrzygnięcie Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż oferent „ELWOZ” Sp. z o. o. prawidłowo wyliczył cenę jednostkową w pozycji 4 „Formularza cenowego - kalkulacji” przyjmując, iż współczynnik wynosi 30, ponieważ w sytuacji braku określenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia liczby dni, które należy przyjąć jako współczynnik dób w miesiącu, winno odwołać się do treści art. 114 k.c., z którego jednoznacznie wynika, iż jeśli termin jest oznaczony w miesiącach miesiąc liczy się za dni trzydzieści.

Odnosnie zarzutu dotyczącego bezpodstawnego odrzucenia oferty Spółki Impel Cleaning Krajowa Izba Odwoławcza podniosła, iż wykonawcy byli zobowiązani wypełnić załącznik nr 3 „Formularz cenowy - kalkulacja” oraz podać ceny jednostkowe netto, wartość netto i brutto zamówienia za 48 miesięcy 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 miesięcy”.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż Spółka Impel Cleaning w formularzu oferty jako cenę brutto oferty podała kwotę 2.286.1249,90 złotych (kwota VAT 334.643,82 złotych), którą to kwotę podała w pozycji 5 „Formularza cenowego - kalkulacja”, natomiast w pozycji 4 tego formularza oznaczonej „Tereny utwardzone w okresie zimowym” kolumna 5 „Wartość netto zamówienia za 48 miesięcy (zł) wpisała „a) 1.002,00 co daje przez okres wykonywania umowy b) 16.032,00”.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż charakter przedmiotu zamówienia oraz charakter wynagrodzenia w niniejszej sprawie wskazuje, iż miesięczna cena jest ceną ryczałtową w stosunku do pozycji 1, 2 i 3 „Formularza cenowego - kalkulacja” tj. utrzymania czystości obiektów kubaturowych, terenów zielonych i terenów utwardzonych poza zimą. Natomiast cena oferty w pozycji 4, dotycząca utrzymania w czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym ma charakter wynagrodzenia kosztorysowego, co oznacza, iż ewentualny błąd w wypełnieniu tej pozycji winien skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika jednoznacznie w jaki sposób należy wypełnić pozycję 4 załącznika „Formularz cenowy - kalkulacja”, ponieważ zapis zawarty pod tabelą przedmiotowego załącznika wskazuje, 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, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, 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, co spowodowało, iż nie można w sposób prawidłowy dokonać oceny złożonych ofert. Powyższe rozbieżności związane z brakiem konsekwencji w opisie wyliczenia kwoty w kolumnie 5, jak również zawarte w opisie charakteru wynagrodzenia, powinny w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej prowadzić do unieważnienia postępowania.

Powyższe rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej zaskarżyli w całości Impel Cleaning Spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz zamawiający Skarb Państwa - Rejonowy Zarząd Infrastruktury z siedzibą w Gdyni.

Skargą wniesioną 02 grudnia 2008 roku Spółka Impel Cleaning zarzuciła wyrokowi Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 listopada 2008 roku naruszenie przepisów prawa materialnego oraz przepisów postępowania mające istotny wpływ na treść orzeczenia, tj.

- art. 190 ust. 2 Pzp poprzez wydanie przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wyroku bez rozpoznania istoty sprawy,
- art. 188 ust. 7 Pzp poprzez przekroczenie przez skład orzekający Krajowej Izby odwoławczej granic swobodnej oceny dowodów,
- art. 191 ust. 2 pkt. 1 i 2 Pzp poprzez przekroczenie przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej kompetencji i unieważnienie postępowania i wydanie orzeczenia niewykonalnego,
- art. 93 ust. 1 pkt. 1 i pkt. 7 Pzp poprzez błędne przyjęcie podstawy unieważnienia postępowania,
- art. 89 ust. 1 pkt. 6 poprzez zaniechanie uchylecia przez skład orzekający

Krajowej Izby Odwoławczej decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty skarżącego,

- art. 88 ust. 1 pkt. 2 lit. a poprzez zaniechanie wezwania zamawiającego do dokonania poprawienia omyłki rachunkowej oraz wezwania do ponownego badania i oceny oferty odwołującego.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zmianę wyroku o unieważnieniu postępowania i uwzględnienie żądania skarżącego w zakresie nakazania zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert wraz z ofertą skarżącego, a także o zasądzenie na rzecz skarżącego kosztów procesu według norm prawem przepisanych.

W uzasadnieniu swego stanowiska skarżący wskazał, iż zaskarżony wyrok jest kolejnym wydanym przez Krajową Izbę Odwoławczą, który rozstrzyga w sposób rozbieżny o identycznych zarzutach faktycznych i prawnych pomiędzy skarżącym a przeciwnikiem skargi - Rejonowym Zarządem Infrastruktury z siedzibą w Gdyni. Świadczy to zdaniem skarżącego o braku rzetelnego rozpoznania sprawy przez składy orzekające Krajowej Izby Odwoławczej. Zwłaszcza biorąc pod uwagę, iż dwa z rozbieżnych wyroków wydał skład orzekający, który nie pozostał w zgodzie z własnymi wcześniejszymi ustaleniami. Skarżący podniósł, iż Krajowa Izba Odwoławcza zaniechała w istocie dokonania merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy, ponieważ z jednej strony stwierdziła, iż cena którą wymaga zamawiający jest ryczałtową, czego dowodzi charakter przedmiotu zamówienia oraz charakter wynagrodzenia, a jednocześnie stwierdziła, że cena w formularzu ofertowym nie jest ceną ryczałtową. Zdaniem skarżącego Krajowa Izba Odwoławcza nie dokonała również rozstrzygnięcia czy decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty Impel Clearing Sp. z o. o. we Wrocławiu ze względu na „omylkę lub błąd w obliczeniu ceny” była prawidłowa, a także pominęła zarzuty skarżącego odnośnie braku podania przez zamawiającego w swym rozstrzygnięciu jednej podstawy prawnej, a powołaniu się na dwie, z których nie wiadomo która miała być właściwą podstawą, jako że obie jednocześnie nie mogły wystąpić. W przekonaniu skarżącego wyrok wydany przez Krajową Izbę Odwoławczą nie został oparty na żadnych wiążących ustaleniach faktycznych.

Skarżący argumentował, iż Krajowa Izba Odwoławcza przekroczyła kompetencje przyznane jej przez art. 191 Pzp, ponieważ na mocy przywołanego przepisu Krajowa Izba Odwoławcza nie jest uprawniona do unieważnienia postępowania, a jedynie może nakazać zamawiającemu jego unieważnienie. Stąd wydany w niniejszej sprawie wyrok jest niewykonalny.

Spółka Impel Clearing podniosła także, iż nie może być podstawą unieważnienia postępowania art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp.

Skarżący zarzucił również, iż wyrok Krajowej Izby Odwoławczej został oparty na całkowitej dowolności w ocenie przedstawionych dowodów, a w żadnym miejscu jego uzasadnienia nie wskazano przesłanek jakimi skład orzekający kierował się przy uwzględnieniu jednych dowodów, a odmowie wiary innym dowodom. Zdaniem skarżącego Krajowa Izba Odwoławcza naruszyła zasadę logicznego interpretowania dowodów, a także nie uzasadniła w sposób logiczny wydanego rozstrzygnięcia, a ponadto nie odniosła się do wszystkich dowodów zebranych w sprawie, w szczególności oświadczenia skarżącego ze strony 6 oferty oraz oświadczeń pełnomocników skarżącego na rozprawie. Niezrozumiałym dla skarżącego było także, dlaczego Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła w swym wyroku, oświadczenie zamawiającego zgodnie z którym w ofercie Spółki Impel Clearing przyjęto w pozycji 4 formularza cenowego, iż usługa będzie wykonywana przez 16 miesięcy, wbrew odmiennym oświadczeniom skarżącego.

Zamawiający Skarb Państwa - Rejonowy Zarząd Infrastruktury z siedzibą w Gdyni w skardze wniesionej 02 grudnia 2008 roku postawił zarzut

naruszenia przepisów postępowania mających istotny wpływ na wynik sprawy tj. art. 191 ust. 3 Pzp poprzez orzeczenie co do zarzutów, które nie były zawarte w prośbie oraz art. 191 ust. 2 Pzp poprzez wydanie orzeczenia o unieważnieniu postępowania bez podstawy prawnej.

Mając na względzie wskazane zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia w całości i oddalenie odwołania Spółki Impel Cleaning z dnia 24 października 2008 roku, a także zasądzenie od tej Spółki na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą według załączonego do tego postępowania rachunku - faktury VAT oraz z kosztami procesu, w tym kosztami zastępstwa prawnego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu skargi skarżący Skarb Państwa - Rejonowy Zarząd Infrastruktury z siedzibą w Gdyni podniósł, iż Krajowa Izba Odwoławcza nie mogła w dniu 21 listopada 2008 roku orzec o unieważnieniu postępowania, ponieważ uprawniający ją do tego przepis art. 191 ust. 2 pkt. 3 Pzp nie obowiązywał, gdyż został z dniem 23 października 2008 roku uchylony na podstawie art. 1 pkt. 49 ustawy z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r., Nr 171, poz. 1058). Zdaniem skarżącego Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie ograniczona była do orzekania jedynie co do postawionego w nim zarzutu, tj. do rozpoznania czy cena oferty była ceną ryczałtową i czy w związku z tym zamawiający powinien postąpić zgodnie z art. 88 pkt. 3 lit. a Pzp, czy też cena była tą o której mowa w art. 88 pkt. 1 i 2 Pzp. Nie mogła natomiast ze względu na brak takiego zarzutu dokonywać badania prawidłowości zakwalifikowania rozbieżności oferty do kategorii błędu w wyliczeniu ceny lub omyłki. Krajowa Izba Odwoławcza dokonując takiego badania naruszyła w ocenie skarżącego przepis art. 191 ust. 3 Pzp.

W odpowiedzi na skargę zamawiającego - Skarbu Państwa - Rejonowego Zarządu Infrastruktury wykonawca Spółka Impel Cleaning wniosła o oddalenie przedmiotowej skargi w zakresie oddalenia swego odwołania oraz o zasądzenie od skarżącego na swoją rzecz kosztów procesu według norm przepisanych.

W uzasadnieniu swego stanowiska Spółka Impel Cleaning poparła zarzut zamawiającego dotyczący niezgodnego z Pzp unieważnienia postępowania przez Krajową Izbę Odwoławczą, a odnosząc do pozostałych zarzutów skargi uznała je za bezzasadne.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje.

Skargę odwołującego wykonawcy Spółki Impel Cleaning należało uznać częściowo za zasadną. Natomiast skarga Skarbu Państwa - Rejonowego Zarządu Infrastruktury z siedzibą w Gdyni podlegała oddaleniu.

Przed rozważeniem zasadności zarzutów należy jednak w pierwszej kolejności wskazać, że ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r., nr 223, poz. 1655, ze zm., dalej *ustawa*) została zmieniona ustawą z dnia 04 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r., nr 171, poz. 1058). Ustawa ta weszła w życie w dniu 24 października 2008 r. W pierwszym rzędzie należy więc ustalić treść przepisów, jakie znajdują zastosowanie w niniejszej sprawie.

Zgodnie z treścią art. 4 ust. 1 ustawy zmieniającej do postępowań o udzielenie zamówienia i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem przepisów dotyczących zmiany ogłoszeń, zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprawiania omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia oferty,

które stosuje się w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą. Ponadto, jak stanowi ust. 2 omawianego artykułu do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie ustawy oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg, stosuje się przepisy działu VI ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym ustawą. Zatem wobec faktu, że protest w niniejszej sprawie złożony został (10 października 2008 r.) przed dniem wejścia w życie zmian do ustawy prawo zamówień publicznych stosować należy w tej sprawie przepisy w poprzednim brzmieniu w odniesieniu do działu VI ustawy, a nowe w zakresie:

- a) zmiany ogłoszeń,
- b) zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ),
- c) poprawiania omyłek w ofercie,
- d) przesłanek odrzucenia oferty.

W tej sytuacji przepis art. 191 ust. 3 Pzp w brzmieniu „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście” stosuje się do protestów wniesionych od dnia 24 października 2008 r., bowiem przepis ten jest usytuowany w Dziale VI ustawy Pzp. Przed dniem 24 października 2008 r. przepis ten obowiązywał w brzmieniu: „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Izba bierze pod uwagę z urzędu okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia; w takim przypadku Izba wydaje wyrok”.

Zważyć też należy, iż opisana wyżej ustawa o zmianie ustawy Pzp uchyliła między innymi przepis art. 191 ust. 2 pkt. 1 (mieszczący się w Dziale VI ustawy), mówiący o możliwości unieważnienia przez Izbę postępowania o udzielenie zamówienia. Zmiana ta weszła w życie dopiero od 24 października 2008 r., a sprzeciw skarżący w tej sprawie wniósł w dniu 10 października 2008 r. Zatem zarzut zastosowania uchylonego przepisu przez obu skarżących jest chybiony.

Przechodząc do rozważań merytorycznych, wskazać trzeba, że skarżący Skarb Państwa - Rejonowego Zarządu Infrastruktury z siedzibą w Gdyni zarzucił naruszenie art. 191 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych, poprzez orzeczenie co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. W ocenie skarżącego protestujący w ogóle nie zarzucił naruszenia normy art. 88 pkt. 1 i 2 i art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy. Zamawiający i Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, ograniczeni byli zatem jedynie do oceny czy cena oferty była ceną ryczałtową, jak twierdzi odwołujący i czy w efekcie zamawiający winien był postąpić po myśli art. 88 pkt. 3 lit a ustawy.

Wyrażony w art. 191 ust. 3 zakaz orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, powinien być rozumiany jako zakaz orzekania ponad żądanie zawarte w proteście. Zakaz ten ma podwójny wymiar. Po pierwsze, skład orzekający, co do zasady, musi orzekać w zakresie żądania strony odwołującej, albo uwzględniając je, albo oddalając. Po drugie, czynność (zanieczanie), która nie została zaskarżona protestem, nie może być przedmiotem postępowania odwoławczego (por. Wł. Dzierżanowski, J.

Jerzykowski, M. Stachowiak „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” LEX, 2007).

Innymi słowy Krajowa Izba Odwoławcza jest związana zakresem środka ochrony prawnej, jakim jest protest, wyłącznie w zakresie sformułowanych zarzutów. Nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

Izba nie jest natomiast związana zakresem żądań zawartych w proteście

(por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 lutego 2008 r., KIO/UZP 102/08, LEX nr 374395).

Z całą więc pewnością nie chodzi w art. 191 ust. 3 ustawy o argumenty, mające potwierdzić słuszność stawianych przez skarżącego zarzutów. Argumenty te mają pomocnicze znaczenie, jednakże niewątpliwie nie wyznaczają granic zarzutów podnoszonych przez wnoszącego protest.

W złożonym proteście Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu zarzucił naruszenie zasad udzielenia zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 i 3, art. 88 ust. 1 pkt. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 5 i 6, art. 91 ust. 1 ustawy. Protestujący wskazał, że jego oferta została bezzasadnie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy z uwagi na omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny. W uzasadnieniu tego zarzutu wskazano, że cena zamieszczona w załączniku nr 3 w pozycji 4 kolumnie 5 była ceną ryczałtową, a ta jest zawsze prawidłowa bez względu na sposób jej obliczenia. Ponadto podniesiono, że załącznik nr 3 stanowiący kalkulację usługi (a zatem kosztorys ofertowy) stanowi jedynie narzędzie pomocnicze do wyliczenia ceny ofertowej określonej w wysokości brutto, przedstawionej przez wykonawcę w załączniku nr 1 - ofercie. Wymienione przez wnoszącego protest artykuły ustawy zawierają ponadto zasady: uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 i 3), art. 88 ust. 1 pkt. 3, art. 91 ust. 1 ustawy.

Z powyższego wynika, że protestujący sprzeciwił się określonej czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu złożonej przez niego oferty. Skoro odwołujący podniósł na etapie postępowania protestacyjnego zarzut bezzasadnego odrzucenia jego oferty o udzielenie zamówienia publicznego i wprost wskazał tę czynność jako przedmiot protestu, to nie ma podstaw prawnych do uznania, że zarzut ten jest spóźniony na etapie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Oferta odrzucona została na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy, albowiem w pozycji formularza cenowego wyliczono nieprawidłową w ocenie zamawiającego wartość usługi dla warunków zimowych. W informacji o wyniku postępowania podano, że w formularzu cenowym zamawiający przewidział wyliczenie wartości za 48 miesięcy, w związku z czym wartość usługi podana przez wykonawcę jest nieprawidłowa.

Nie może więc ulegać, w ocenie Sądu Okręgowego, wątpliwości, że Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązana była do zbadania, czy w istocie oferta odwołującego została prawidłowo odrzucona oraz czy w trakcie postępowania zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując odwołanie z całą więc pewnością nie przekroczyła zakresu kognicji, ograniczonego przez art. 191 ust. 3 ustawy. Ze sporządzonego uzasadnienia wyraźnie wynika, że Krajowa Izba Odwoławcza w pierwszej kolejności zajęła się zarzutem odrzucenia oferty odwołującego.

Tym samym, uznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą że 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, co spowodowało, iż nie można w sposób prawidłowy dokonać oceny złożonych ofert i powyższe rozbieżności związane z brakiem konsekwencji w opisie wyliczenia kwoty w kolumnie 5, jak również zawarte w opisie charakteru wynagrodzenia, powinny w ocenie Izby prowadzić do unieważnienia postępowania było efektem złożonego protestu i wynikiem podniesionych przez odwołującego zarzutów, zawartych w proteście, mimo tego, że Sąd Okręgowy nie podziela rozstrzygnięcia ani stanowiska Izby zawartego w uzasadnieniu wyroku.

Nie stanowi także naruszenia art. 191 ust. 3 ustawy odniesienie się Krajowej Izby Odwoławczej do pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu, a wcześniej w proteście Spółki Impel Cleaning.

Przechodząc do rozważenia zasadności pozostałych zarzutów Spółki Impel Cleaning podniesionych w skardze, w ocenie Sądu Okręgowego, zasadny jest zarzut dotyczący naruszenia art. 190 ust.2 ustawy Pzp, to jest wydania wyroku przez KIO bez rozpoznania istoty sprawy, art. 188 ust.7 ustawy Pzp przez przekroczenie przez KIO granic swobodnej oceny dowodów oraz częściowo zarzut naruszenia przepisu art. 191 ust.2 i art 93 ust.1 pkt.1 ustawy Pzp przez niewłaściwe zastosowanie tych przepisów, to jest niezasadne unieważnienie postępowania oraz naruszenia przepisu art.89 ust.1 pkt.6 ustawy Pzp.

Zdaniem Sądu Okręgowego Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez Spółkę Impel Cleaning powinna wydać rozstrzygnięcie zgodnie z przepisem art. 191 ust.2 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp, to jest uwzględniające odwołanie i nakazać unieważnienie czynności odrzucenia oferty tej Spółki, nakazać unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazać dokonanie czynności ponownego badania, oceny i wyboru ofert.

Zważyć przy tym należy, że twierdzenie, iż omyłka w obliczeniu ceny oferty dotyczy niewłaściwego sumowania cen za poszczególne części zamówienia, w związku z czym winna zostać poprawiona w trybie art. 88 ust. 1 pkt. 2 lit a ustawy jest błędne. Takie sformułowanie nie jest trafne, po pierwsze dlatego, że art. 88 ustawy został uchylony z dniem 24 października 2008 r. i zgodnie z przepisami przejściowymi w zakresie poprawiania omyłek w ofercie stosuje się przepisy nowe, a po drugie dlatego że suma kwot zawartych w kolumnie 5 załącznika 3 nie stanowiła sumy za poszczególne części zamówienia. Słusznie wskazał zamawiający, że nie dopuszczał składania ofert częściowych i nie przewidywał części zamówienia.

Sąd Okręgowy podziela pogląd skarżącego- Spółki Impel Cleaning, że wynagrodzenie w tym przetargu ma charakter ryczałtowy, ale jedynie w odniesieniu do pozycji 1,2,3 formularza cenowego i ofertowego, bowiem wynagrodzenie za usługi w tych pozycjach w kwotach płatnych za okresy miesięczne ma charakter stały przez cały okres trwania umowy. Wynagrodzenie to może być zmienione jedynie przez zmiany powierzchni. Natomiast w odniesieniu do rozliczeń za usługi określone w poz. 4 formularza cenowego, to jest zimowego utrzymania terenów utwardzonych, ryczałtowy charakter mają jedynie ceny jednostkowe wyszczególnione dla warunków zimy lekkiej, średniej i ciężkiej liczone w złotych za 100 m na dobę.

Rozliczenia za zimowe utrzymanie terenów utwardzonych będą odbywały się na podstawie cen jednostkowych, stosownie do okresu oraz faktycznie panujących warunków atmosferycznych.

Zważyć należy, iż skoro zamawiający określił w specyfikacji technicznej warunki zimowego utrzymania terenów utwardzonych na 16 miesięcy w okresie 48 miesięcznego trwania umowy, to trudno zarzucić skarżącej Spółce, że uwzględniła te wytyczne w obliczeniu ceny oferty, po to żeby sztucznie nie zawyżać wynagrodzenia ponad skalkulowane składniki cenowe za faktyczny okres wykonywania usługi (w tym wypadku 16 miesięcy w ciągu całego 48 miesięcznego okresu trwania umowy). Podkreślić należy, że także zamawiający do obliczenia szacunkowej wartości zamówienia dla okresu zimowego przyjął okres 16 miesięcy.

Zgodnie z treścią załącznika nr 3, po uwzględnieniu jego modyfikacji, zamawiający wymagał podania w tabeli cen jednostkowych netto za m² za miesiąc oraz wartości netto i brutto zamówienia za okres 48 miesięcy dla utrzymania w czystości odpowiednio: obiektów kubaturowych (poz. 1 wykazu),

terenów zielonych (poz. 2 wykazu), terenów utwardzonych poza zimą (poz. 3 wykazu) i terenów utwardzonych w okresie zimowym (poz. 4 wykazu). Pod tabelą zamawiający umieścił postanowienie o 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”.

Niewątpliwie jest, że sposób obliczenia skalkulowanej ceny oferty za świadczenie usług w okresie zimowym budził wątpliwości. Jeden z wykonawców zadał pytanie dotyczące formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 3. W pytaniu tym sformułowana została wątpliwość co do prawidłowości tego załącznika, bowiem według specyfikacji okres zimowy liczony miał być od 01 listopada do 31 marca (4 miesiące), a w tabelce należało podać cenę terenów utwardzonych w okresie pozazimowym za 48 m-cy. Logicznie z treści pytania wynika, że wykonawca chciał wyjaśnić wątpliwość związaną z faktem zawyżenia wartości całej usługi poprzez mnożenie wartości usługi utrzymania czystości w okresie zimowym przez 48 miesięcy (zamiast faktyczne 16 miesięcy). W odpowiedzi zamawiający wskazał, że 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. Czynności wykonywane przez wykonawcę w ramach tzw. zimy lekkiej, średniej i ciężkiej będą rozliczane przez zamawiającego w oparciu o przedstawione ceny w pkt. 4.

Należy zauważyć, że tak udzielona odpowiedź w żaden sposób nie rozwiewa wątpliwości wyrażonych w pytaniu, a jedynie wyjaśnia oczywistą okoliczność, że pozycja 3 tabeli nie odnosi się do warunków zimowych.

Powyżej przytoczone okoliczności wskazują, że na tle specyfikacji istotnych warunków zamówienia i załącznika nr 3 powstały co najmniej wątpliwości, które nie zostały w sposób jednoznaczny rozstrzygnięte w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie odniósł się w sposób jednoznaczny do zapytania o treść załącznika nr 3, a dokonując modyfikacji treści tego załącznika, pogłębił niejasność procedury. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, w odniesieniu do 4 wiersza tabelki stanowiącej załącznik nr 3 zamawiający wskazał, że w kolumnie „Wartość netto zamówienia za 48 m-cy (zł)” należy wpisać iloczyn ceny jednostkowej netto i powierzchni.”. W wyjaśnieniu tym brak jest informacji o konieczności pomnożenia uzyskanej kwoty przez 48, choć kolumna powinna wskazywać wartość netto za tyle właśnie miesięcy.

W ocenie Sądu Okręgowego wątpliwości takie nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy, co oznacza, że interpretacja zamawiającego nie może w efekcie prowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 6 Pzp. Podkreślić należy, iż skoro zamawiający, mimo kierowanych pytań, nie określił, bez wątpliwości sposobu w jaki jednolicie wykonawcy mieli podać ceny w pozycji 4 załącznika nr 3 do oferty, to nie może odrzucić oferty z tego względu, że wbrew literalnemu brzmieniu przytoczonych wyżej zapisów specyfikacji uważał, iż odwołujący powinien wbrew zasadom logiki i podanego 16 miesięcznego okresu zimowego, podać cenę oferty za zimowe utrzymanie terenów utwardzonych za cały 48 miesięczny okres trwania umowy.

Skarżąca Spółka podała zatem w poz. 4a formularza cenowego (załącznik nr 3) cenę za okres miesięczny, a pod poz. 4b cenę przez cały okres trwania umowy (16 miesięczny okres zimowy w ciągu 48 miesięcznego trwania całej umowy). Natomiast przeniesienie do pozycji 4 formularza ofertowego ceny brutto za 16 miesięcy, zamiast podanej w po. 4a formularza cenowego ceny brutto jest błędem wywołanym przez zamawiającego. Wykonawcę jednak nie

mogą obciążać negatywne skutki braku precyzji zamówienia, brak jednoznacznych sformułowań.

Zamawiający przygotowując się do procedury zamówienia publicznego winien dołożyć należytej staranności i sformułować postanowienia SIWZ oraz wymaganych załączników w taki sposób, aby wykluczyć jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące treści składanych ofert. Ponadto wydaje się, że zamawiający nie ma całkowitej dowolności w formułowaniu treści SIWZ. Kierować się bowiem powinien w tym zakresie racjonalnością, eliminując sytuacje prowadzące do zawyżania wartości zamówienia. Pytanie skierowane do zamawiającego przez jednego z zamawiających zwracało uwagę na niejasność proceduralną i merytoryczną dotyczącą jednego z załączników, jednakże zamawiający w zasadzie nie zareagował na ową uwagę. Zamawiający nie określił jednoznacznie, w jaki sposób ma się cena obliczona i podana w formularzu, dla porównania ofert, przeniesiona do umowy jako ogólne wynagrodzenie, do rzeczywistej wartości umowy, wynikającej z rozliczeń w trakcie realizacji zamówienia. Owo zaniechanie, połączone z błędnie sformułowaną treścią wyjaśnień dotyczących załącznika nr 3, doprowadziło do złożenia ofert, które zamawiający ocenił jako nieprawidłowe i odrzucił.

W ocenie Sądu Okręgowego nie ma najmniejszych wątpliwości, że była to „omyłka widoczna, niezamierzona niedokładność” (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 kwietnia 2008 r., KIO/UZP 265/08, LEX nr 395895), która nie może prowadzić do odrzucenia oferty, lecz podlega sprostowaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy.

Należy mieć także na względzie, że w dniu 24 października 2008 r. weszła w życie nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych, która między innymi dokonała zmiany odnoszącej się do poprawiania omyłek w ofercie, co zostało już omówione na wstępie niniejszych rozważań.

Krajowa Izba Odwoławcza w zakresie poprawiania omyłek w ofercie miała obowiązek zastosować przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym od 24 października 2008 r. Zgodnie z przepisem art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp zamawiający ma więc obowiązek, dokonać na nowych zasadach poprawek omyłek rachunkowych znajdujących w treści oferty, tak aby w efekcie nie nastąpiło naruszenie ustawy i nie było podstawy do odrzucenia oferty składającego. Zamawiający nie może odrzucić oferty z tego tylko względu, że wbrew literalnemu brzmieniu zapisów SIWZ uważał, że wykonawca winien wbrew zasadom logiki i podanego 16 miesięcznego okresu zimowego, skalkulować cenę oferty za zimowe utrzymanie terenów utwardzonych, przyjmując do wyliczeń cały 48 miesięczny okres trwania umowy.

Nie można zapominać, że cała procedura zamówień publicznych ma na celu wyrównanie szans wykonawców - składających oferty, a zamawiającemu ma pomóc w znalezieniu oferty najbardziej odpowiadającej potrzebom (najkorzystniejszej). Skoro więc w ogłoszonym przetargu zamawiający chciał znaleźć wykonawcę oferującego najkorzystniejszą cenę, to winien zapewnić warunki respektujące porównywalność ofert przynajmniej w tym zakresie. W przeciwnym wypadku cel ustawy i procedury zamówienia publicznego nie zostanie osiągnięty, a zamawiający nie będzie w stanie wybrać oferty oferującej najniższą cenę.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy stwierdził, że podczas procedury zamówienia publicznego i wydania przez Krajową Izbę Odwoławczą zaskarżonego wyroku doszło do naruszenia wyżej wymienionych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Z tych powodów Sąd Okręgowy na podstawie art. 198 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655, ze zm.) orzekł jak w punkcie pierwszym i drugim sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego Sąd orzekł jak w punkcie

trzecim sentencji na podstawie art. 198 ust. 5 wymienionej wyżej ustawy.

f podpisy

fZ zgodność

$\rightarrow y y$

$S \quad ifa_{harsss!_a w_s)r^- , r$

- _____ - »••• / a z ii- (mer