

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 lutego 2009r.

Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący- Sędzia SO Marek Grodziński
Sędzia SO Grażyna Tarkowska
Sędzia SO Jolanta Safader- Skwarlińska
Protokolant Beata Krenc

po rozpoznaniu w dniu 4 lutego 2009r. w Gdańsku

na rozprawie

sprawy ze skargi Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 grudnia 2008r, sygn. akt KIO/UZP 1366/08

z udziałem:

1. Skarbu Państwa - Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Gdyni
2. Zakładu Sprzątania Wnętrz Józef Jankowski „MOP 83” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Elblągu

w przedmiocie zamówienia publicznego

I. Zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. w punkcie 1 (pierwszym) - uwzględnia odwołanie i nakazuje:
 - a) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego
 - b) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
 - c) dokonanie czynności ponownego badania, oceny i wyboru ofert.
2. a) w punkcie 2 (drugim) kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa- Rejonowy Zarząd infrastruktury Gdyni.
- b) w punkcie 2.2 (drugim podpunkt drugi) dokonać wpłaty kwoty 7664zł. (siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote) przez Skarb Państwa - Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni na rzecz Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

II Zasądza od Skarbu Państwa - Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Gdyni na rzecz Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu kwotę 3600zł(trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania

UZASADNIENIE

Zamawiający - Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie usług polegających na utrzymaniu porządku i czystości pomieszczeń budynków, sprzątaniu dróg, chodników i placów utwardzonych oraz utrzymaniu i pielęgnacji terenów zieleni w kompleksach wojskowych administrowanych przez WAK Łębork.

Zamawiający w dniu 24 października 2008 r. poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty. Jako podstawę odrzucenia oferty wskazano art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. przez błędną kalkulację wartości usługi w poz. 4 formularza cenowego polegającą na podaniu dwóch wartości w pkt a i b odpowiednio dla 1 miesiąca oraz dla 16 miesięcy, podczas gdy zamawiający wymagał wyliczenia wartości dla 48 miesięcy.

W dniu 31 października 2008 r. Impel Cleaning sp. z o.o. złożył protest wobec czynności zamawiającego odrzucenia oferty protestującego. Protestujący zarzucił naruszenie zasad udzielenia zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 26 ust. 4, art. 88 ust. 1 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 5 i 6, art. 91 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych.

Protest został przez zamawiającego oddalony w dniu 13.11.2008r..

W dniu 19 listopada 2008 r. Impel Cleaning sp. z o.o. złożył odwołanie, w którym powieł zarzuty podniesione w proteście.

Wyrokiem z dnia 10 grudnia 2008 r., w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1366/08 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie wniesione przez Impel Cleaning.

W uzasadnieniu Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że z uwagi na art. 4 ust. 2 ustawy o zmianie ustawy prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie nowelizacji ustawy prawo zamówień publicznych oraz wnoszonych w ich następstwie odwołań stosuje się znowelizowane przepisy działu VI ustawy. W związku z powyższym, mimo uznania za zasadny zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy prawo zamówień publicznych Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na fakt, iż stwierdzone naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania wobec konieczności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

Skargę na powyższy wyrok wniosła Impel Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu zarzucając mu naruszenie przepisów postępowania mających istotny wpływ na wynik sprawy, a mianowicie:

1. 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 i rozstrzygnięciu przetargu przez Zamawiającego
2. art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 04 września 2008 r. o zmianie ustawy prawo zamówień publicznych poprzez niezastosowanie obowiązujących przepisów prawnych
3. art. 190 ust 2 ustawy Pzp poprzez wydanie przez skład orzekający KIO wyroku bez rozpoznania istoty sprawy
4. art. 188 ust 7 ustawy Pzp poprzez przekroczenie przez skład orzekający KIO granic swobodnej oceny dowodów
5. art. 89 ust 1 pkt 6 - poprzez zaniechanie uchylenia przez skład orzekający KIO decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Skarżącego
6. art. 87 poprzez zaniechanie wezwania Zamawiającego do dokonania ponownego badania i oceny oferty Odwołującego
7. art. 89 ust 1 pkt 2 poprzez stwierdzenie konieczności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2, podczas, gdy nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty na

powyższej podstawie

Skarżący wniósł o:

- a) zmianę zaskarżonego orzeczenia w całości i uwzględnienie odwołania,
- b) zasądzenie na rzecz Skarżącego kosztów procesu

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Zarzuty skargi są uzasadnione, stąd też zaskarżony wyrok podlegał zmianie.

Przed rozważeniem zasadności zarzutów Skarżącego 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., a więc wcześniej niż złożony został przez Impel Cleaning sp. z o.o. protest. 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. Innymi słowy mówiąc, wobec faktu, że protest złożony został po wejścia w życie zmian do ustawy prawo zamówień publicznych, stosować należy przepisy nowe w zakresie:

- a) określonym w dziale VI („Środki ochrony prawnej”),
- b) zmiany ogłoszeń,
- c) zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ),
- d) poprawiania omyłek w ofercie,
- e) przesłanek odrzucenia oferty.

Zgodnie z treścią załącznika nr 3, po uwzględnieniu jego modyfikacji dokonanej w dniu 25 sierpnia 2008 r., 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 1 listopada do 31 marca, 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. 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. 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. Wątpliwości takie nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy, co oznacza, że interpretacja zamawiającego nie może w efekcie prowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy. Zamawiający przygotowując się do procedury zamówienia publicznego winien dołożyć należytej staranności i sformułować postanowienia SIWZ oraz wymaganych załączników w taki sposób, aby wykluczyć jakiejkolwiek wątpliwości dotyczące treści składanych ofert. Ponadto zamawiający nie ma całkowitej dowolności w formułowaniu treści SIWZ, bowiem kierować się powinien w tym zakresie racjonalnością, eliminując sytuacje prowadzące do zawyżania wartości zamówienia. Pytanie skierowane do zamawiającego 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. Przeprowadzona przez Sąd Okręgowy analiza, prowadzi do konkluzji, że odwołujący się wykonawca w sposób prawidłowy wypełnił wiersz 4 w tabeli stanowiącej załącznik nr 3 do oferty. Stanowi ona bowiem iloczyn ceny jednostkowej netto i powierzchni. Omyłkę rachunkową w takim przypadku stanowi suma wierszy z pozycji „Wartość netto zamówienia za 48 m-cy (zł)”. 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 Impel Cleaning sp. z o.o. złożył protest po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, która między innymi dokonała zmiany odnoszącej się do poprawiania omyłek w ofercie. Artykuł 88 ustawy został uchylony. Zamawiający miał więc obowiązek, rozpatrując wniesiony protest, dokonać na nowych zasadach poprawek omyłek rachunkowych znajdujących w treści oferty, w efekcie czego nie nastąpiłoby naruszenie ustawy i nie byłoby podstawy do odrzucenia oferty składającego protest. Zamawiający nie może odrzucić oferty z tego tylko względu, że wbrew literalnemu brzmieniu zapisów SIWZ uważał, że wykonawca winien na przekór zasadom logiki i podanego 16 miesięcznego okresu zimowego, skalkulować cenę oferty za zimowe utrzymanie terenów utwardzonych, przyjmując do wycień 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 (por. punkt XI punkt 2. SIWZ - Przy wyborze oferty Zamawiający będzie się kierował następującym kryterium dla każdej części zamówienia: cena oferty - 100 %), 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 gwarantującej najniższą cenę.

Konkludując, stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, iż Odwołujący (Skarżący) przedłożył ofertę w swej treści niezgodną z treścią SIWZ czym naruszył art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp a związku z czym jego odwołanie nie mogło zostać uwzględnione, w realiach przedmiotowej sprawy jest nieprawidłowe.

Sąd Okręgowy dzieląc w tym zakresie treść skargi 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, 1655, ze zm.) zmienił zaskarżony wyrok jak w pkt I sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 198 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r., nr 223, 1655, ze zm.).