

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 lutego 2009 roku

Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący : SSO Marek Grodziński

Sędziowie : SO Grażyna Tarkowska ; SO Jolanta Safader-Skwarlińska

Protokolant: Beata Krenc

po rozpoznaniu w dniu 4 lutego 2009 roku w Gdańsku na rozprawie

sprawy ze skargi Zamawiającego Skarbu Państwa - Rejonowego Zarządu
Infrastruktury w Gdyni na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 grudnia 2008r.
sygn. akt KIO/UZP 1352/08

z udziałem Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu
w przedmiocie zamówienia publicznego

I. Oddała skargę.

II. Zasądza od Skarbu Państwa - Rejonowego Zarządu Infrastruktury w
Gdyni na rzecz Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
we Wrocławiu kwotę 600zł. (sześćset) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa
procesowego .

Liii

,-y'f

Sygn. akt XII Ga 1/09

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.

W dniu 28 sierpnia 2008 r. Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu złożył ofertę.

Zamawiający w dniu 17 października 2008 r. poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty i o wyborze oferty ELWOZ Sp. z o.o. 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 24 października 2008 r. Impel Cleaning sp. z o.o. złożył protest wobec czynności zamawiającego odrzucenia oferty protestującego i wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ELWOZ sp. z o.o. 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 nie został rozstrzygnięty przez zamawiającego.

W dniu 13 listopada 2008 r. Impel Cleaning sp. z o.o. złożył odwołanie, w którym powiełł zarzuty podniesione w proteście.

Wyrokiem z dnia 5 grudnia 2008 r., w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1352/08 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert (punkt 1 wyroku) oraz kosztami postępowania obciążyła Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni (punkt 2 wyroku).

W uzasadnieniu Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, w odniesieniu do zarzutu odrzucenia oferty odwołującego, że 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 zamieścił 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, zimy średniej i ciężkiej. W kolumnie „wartość netto zamówienia za 48 m-cy (zł)” należy wpisać iloczyn ceny jednostkowej netto i powierzchni.”. Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, że zgodnie z treścią powyższego wyjaśnienia zamawiający wymagał podania wyłącznie iloczynu ceny jednostkowej i powierzchni, przy czym zamawiający nie wprowadził konieczności pomnożenia tej ceny dodatkowo przez 48 miesięcy. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że odwołujący podał w punkcie a. kwotę 2 563,43 zł (stanowiącą iloczyn ceny jednostkowej netto i powierzchni), a w punkcie b. kwotę 41 014,88 zł. Należało zatem uznać, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, że cena określona w poz. 4 w kolumnie p.n. „wartość netto zamówienia za 48 m-cy (zł)” w punkcie a. wynosząca 2 563,43 zł była ceną prawidłową i zgodną z wymaganiami zamawiającego, a podanie w punkcie b. ceny za okres 16 miesięcy było zbędne. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że zamawiający był zobowiązany do poprawienia omyłki rachunkowej w załączniku nr 3 oferty odwołującego przez poprawne zsumowanie cen wskazanych w poszczególnych pozycjach, z uwzględnieniem w poz. 4 formularza kalkulacji ceny podanej w punkcie a. Obowiązek ten wynikał z dyspozycji art. 88 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy. Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że nie był trafny argument odwołującego o charakterze ryczałtowym ceny określonej w ofercie. Cena za utrzymanie czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym była ceną kosztorysową a jej wysokość była zależna od okresu realizacji usługi. Podniesione zostało ponadto, że ustawowym obowiązkiem zamawiającego było zapewnienie porównywalności ofert i przeprowadzenie postępowania zgodnie z zasadą równego traktowania, zatem koniecznym będzie w tym zakresie, w trakcie ponownej oceny ofert zastosowanie tej samej reguły obliczenia ceny w stosunku do wszystkich ofert. Reasumując Krajowa Izba Odwoławcza uznała, za uzasadnione zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 91 ust. 1 i 2 ustawy, a zarzut naruszenia art. 88 ust. 1 pkt 3 ustawy uznała za niezasadny.

Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się także do zarzutów dotyczących wykluczenia oferty wykonawcy ELWOZ sp. z o.o., ustalając że nie były one zasadne.

Skargę na powyższy wyrok wniósł zamawiający Skarb Państwa - Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni, zarzucając mu naruszenie przepisów postępowania mających istotny wpływ na wynik sprawy, a mianowicie:

- a) 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,
- b) art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 04 września 2008 r. o zmianie ustawy prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, poprzez nakazanie dokonania ponownego badania i oceny oferty odwołującego w trybie art. 88 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy prawo zamówień publicznych.

Skarżący wniósł o:

- a) zmianę zaskarżonego orzeczenia w całości i oddalenie odwołania Impel Cleaning sp. z o.o.,
- b) zasądzenie od Impel Cleaning sp. z o.o. na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą według załączonego do tego postępowania rachunku - faktury VAT,
- c) zasądzenie od Impel Cleaning sp. z o.o. na rzecz zamawiającego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu skarżący wskazał, że w zaskarżonym orzeczeniu Krajowa Izba Odwoławcza orzekła co do zarzutów, których odwołujący nie zawarł w proteście. Zarzuty protestującego sprowadzały się do wykazania, że zamawiający naruszył ustawowy wzorzec postępowania zawarty w art. 88 ust. 1 pkt 3 pzp. Odrzucenie oferty na tej podstawie (art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp) mogłoby nastąpić jedynie w wypadku, gdyby ceny były tymi, o których mowa w art. 88 pkt 1 i 2 pzp, a ponieważ zdaniem protestującego tak nie jest, to nie można było odrzucić oferty. Protestujący zatem w ogóle nie zarzucał naruszenia normy z art. 88 pkt 1 i 2 pzp i odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp. Jeżeli zatem protestujący nie stawiał zarzutu zastosowania przez zamawiającego wzorca ustawowego dotyczącego zakwalifikowania rozbieżności oferty jako błędu w obliczeniu ceny, a nie omyłki w wyliczeniu ceny, to zamawiający nie był obowiązany do rozpatrywania protestu przez przyznanie takiego zarzutu. Tym samym Krajowa Izba Odwoławcza, zgodnie z art. 191 ust. 3 pzp nie mogła orzekać co do takiego zarzutu. Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła poglądu odwołującego co do charakteru ceny oferty i orzekła, że przedmiotowe wynagrodzenie nie jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Brak było natomiast podstaw do orzekania przez Izbę o tym, czy zamawiający winien był postąpić w myśl art. 89 pkt 6 lub 7 pzp. Orzekając zatem, że potwierdziły się zarzuty co do naruszenia przez zamawiającego art. 89 pkt 6 pzp, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła ponad zarzuty zawarte w proteście.

Skarżący wskazał ponadto, że orzeczenie nakazujące dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem art. 88 ust. 1 pkt 2 lit 1 nie znajduje podstawy prawnej. Zgodnie bowiem z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 04 września 2008 r. o zmianie ustawy prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw do postępowań o udzielenie zamówienia i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem przepisów dotyczących poprawiania omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia oferty, które stosuje się w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą. Przepisem tym związany jest nie tylko skarżący, ale również Krajowa Izba Odwoławcza.

W odpowiedzi na skargę Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu wniósł o jej oddalenie i zasądzenie od skarżącego na rzecz przeciwnika skargi kosztów procesu według norm przepisanych. W uzasadnieniu przeciwnik skargi wskazał, że zarówno protest, jak i odwołanie zawierały konsekwentnie zarzut, że skarżący bez żadnej podstawy prawnej i faktycznej odrzucił ofertę przeciwnika skargi na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy. Zawarte w uzasadnieniu wyroku opinie składu orzekającego dotyczące konieczności zastosowania reguł poprawiania ofert są jedynie

konsekwencją zgłoszenia się Izby z przeciwnikiem skargi w fundamentalnej kwestii - braku podstaw do odrzucenia oferty przeciwnika skargi. Przeciwnik skargi podkreślił, że w skardze skarżący nie zgłosił zarzutu wobec ustaleń faktycznych dokonanych przez skład orzekający Izby, zarzutu dotyczącego dokonania przez Izbę błędnej wykładni art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy oraz nie zakwestionował prawidłowości przeprowadzonego postępowania dowodowego. Tym samym przyjąć należy, że skarżący zgadza się z ustaleniami poczynionymi przez skład orzekający w przedmiotowym zakresie.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Zarzuty skargi są bezzasadne, stąd też skarga podlega oddaleniu.

Sąd Okręgowy podziela wszystkie ustalenia dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz ich ocenę prawną. Oceniając zarzuty podniesione przez skarżącego w skardze wniesionej do tutejszego Sądu Okręgowego podnieść należy, że zarzuty skarżącego opierają się na dwóch zagadnieniach.

Przed rozważeniem zasadności zarzutów Skarby Państwa - Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Gdyni 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 w tym samym dniu złożony został przez Impel Cleaning sp. z o.o. protest. W pierwszym rzędzie należy więc ustalić treść przepisów, jakie znajdą 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 w dniu 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.

Przechodząc do rozważań merytorycznych, wskazać trzeba, że po pierwsze skarżący 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.

Zgodnie z treścią art. 191 ust. 3 ustawy, w brzmieniu obowiązującym od dnia 24 października 2008 r., Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

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 (zaniechanie), 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. 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. 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), dotyczące przyczyn wykluczenia wykonawców (art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3), zasad na jakich zamawiający może żądać od wykonawców określonych dokumentów i wyjaśnień (art. 26 ust. 4). Wydaje się, że protestujący w zakresie dwóch ostatnich zarzutów, odnosił je wyłącznie do oferty innego podmiotu - ELWOZ sp. z o.o. Brak zarzutów dotyczących tego wykonawcy pozostawiło poza rozważaniami Sądu Okręgowego ocenę prawidłowości rozstrzygnięcia Izby w tym zakresie.

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 (strona 5 uzasadnienia, k. 42 akt Krajowej Izby Odwoławczej). Uznanie, że złożona przez odwołującego oferta nie naruszyła art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy lecz że była zgodna z wymaganiami stawianymi przez zamawiającego - było logicznym efektem złożonego protestu i wynikiem podniesionych przez odwołującego zarzutów, zawartych w proteście. Nie miało większego znaczenia stwierdzenie, że cena zawarta w spornej tabeli nie miała charakteru ryczałtowego, skoro Krajowa Izba Odwoławcza w sposób jednoznaczny przyjęła, co Sąd Okręgowy w pełni aprobuje, że wykonawca zamieścił ją zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Następną logiczną konkluzją było przyjęcie przez Izbę, że wykonawca nieprawidłowo

zsumował kolumnę 5 „Wartość netto zamówienia za 48 m-cy (zł)”, albowiem skoro prawidłowa była wartość 2 563,43 zł, to należało ją dodać do pozostałych kwot. Taka omyłka powinna zostać poprawiona przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 (w brzmieniu obowiązującym od 24 października 2008 r.) i nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty (art. 89 ust. 6 *a contrario* ustawy).

Nie stanowi także naruszenia art. 191 ust. 3 ustawy stwierdzenie Krajowej Izby Odwoławczej zawarte na stronie 7 uzasadnienia (k. 44 akt Krajowej Izby Odwoławczej), przypominające, że ustawowym obowiązkiem zamawiającego jest zapewnienie porównywalności ofert i przeprowadzenie postępowania zgodnie z zasadą równego traktowania. Taka konstatacja jest logicznym następstwem badania prawidłowości przebiegu procedury zamówienia, w którym Impel Cleaning sp. z o.o. złożył jedną z ofert. Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, a z wyniku przeprowadzonego postępowania wynika jednoznacznie, że zamawiający naruszył powyższą regulę.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 191 ust. 3 ustawy nie jest więc zasadny. Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując złożone odwołanie nie wykroczyła poza zakres zarzutów znajdujących się w proteście, a konkluzje wyrażone w treści uzasadnienia stanowią logiczne następstwo naruszeń do jakich doszło w trakcie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego.

Przechodząc do rozważenia zasadności drugiego złożonego zarzutu, dotyczącego naruszenia art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 04 września 2008 r. o zmianie ustawy prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, to wskazać należy że jest on częściowo zasadny, jednakże nie ma to większego wpływu na wynik postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez Impel Cleaning sp. z o.o. wydała rozstrzygnięcie, zgodnie z którym uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert. W uzasadnieniu wskazano m.in., że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 91 ust. 1 i 2 ustawy zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby 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 (strona 7 uzasadnienia, k. 44 akt Krajowej Izby Odwoławczej). W istocie 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. Nie może jednak budzić wątpliwości, że wykonawcy zobowiązani byli zsumować poszczególne kwoty znajdujące się w kolumnie 5 w tabeli stanowiącej załącznik nr 3 „Wartość netto zamówienia za 48 m-cy (zł)”. Tym samym w wierszu 5. winna znajdować się suma pozycji znajdujących się w wierszach 1, 2, 3 i 4. Skoro prawidłowe było przyjęcie wartości 2 563,43 zł w wierszu 4, to taką kwotę należało dodać do pozostałych. Niewątpliwie oczywisty błąd w dodawaniu jest omyłką rachunkową, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy i powinno zostać przez zamawiającego odpowiednio poprawione. Choć więc sam zarzut (aczkolwiek wnoszący skargę winien także wskazać na naruszone w jego ocenie przepisy ustawy - prawo zamówień publicznych) jest słuszny, dotyczy bowiem przepisu uchylonego, to jednak co do samej zasady naruszenie to nie miało wpływu na treść rozstrzygnięcia.

Reasumując, zarzuty Skarbu Państwa - Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Gdyni okazały się niesłuszne. Na ich podstawie nie było możliwe podważenie trafności rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej.

Sąd Okręgowy uważa za wskazane podkreślić także, że rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej jest trafne merytorycznie.

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 (Zakład Sprzątania Wnętrz Józef Jankowski „Mop 83” sp. z o.o. w Elblągu) 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. 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. 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 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 zawyżenia 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. Przeprowadzona przez Izbę analiza, którą Sąd Okręgowy aprobuje, prowadzi jednak do konkluzji, że odwołujący się wykonawca w sposób prawidłowy wypełnił wiersz 4 w tabeli stanowiącej załącznik nr 3 do oferty wpisując tam wartość 2 563,43 zł. Stanowi ona bowiem iloczyn ceny jednostkowej netto (0,07) i powierzchni (36 620,40 m²). Omyłkę rachunkową w takim przypadku stanowi suma wierszy z pozycji „Wartość netto zamówienia za 48 m-cy (zł)”, albowiem uwzględnia ona wartość 41 014,88 zł. W ocenie Sądu Okręgowego nie ma najmniejszych wątpliwości, że była to „omylka 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 w dniu 24 października 2008 r., a w tym samym dniu 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. 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 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.

Kończąc tę część rozważań należy także podkreślić, że Krajowa Izba Odwoławcza w sposób prawidłowy sformułowała swoje wytyczne dla zamawiającego, mające na celu uniknięcie w przyszłości podobnych sporów. 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 oferującej najniższą cenę. Przypomnienie zamawiającemu o obowiązkach wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy nie narusza procedury rozpatrywania przez Izbę odwołania wykonawcy.

*

I

Konkludując stwierdzić trzeba, że podczas procedury zamówienia publicznego i wydania przez Krajową Izbę Odwoławczą zaskarżonego wyroku nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Sąd Okręgowy w pełni podzielił stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej i 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.) oddalił skargę Skarbu Państwa - Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Gdyni jako bezzasadną.

Koszta postępowania odwoławczego orzeczona 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.).