

Sygn. akt XII Ga 13/09

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 04 lutego 2009 r.

Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący-Sędzia SO Marek Grodziński
Sędzia SO Jolanta Safader-Skwarlińska (spr.)

Sędzia SO Grażyna Tarkowska

Protokolant: Beata Krenc

po rozpoznaniu w dniu 04 lutego 2009 r. w Gdańsku

na rozprawie

sprawy ze skargi odwołującego wykonawcy „**Impet Cleaning**” spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością we Wrocławiu

z udziałem zamawiającego **Skarbu Państwa - Rejonowego Zarządu Infrastruktury
w Gdyni** oraz wykonawcy **Zakładu Sprzątania Wnętrz Józef Jankowski „MOP 83”
spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Elblągu**

o zamówienie publiczne

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 04 grudnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP/1365/08

I. Zmienia zaskarżony wyrok:

1. w punkcie 1 (pierwszym) w ten sposób, że uwzględnia odwołanie i nakazuje
zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego wykonawcy

Impel Cleaning spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu,

- b) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
dokonanie czynności ponownego badania, oceny i wyboru ofert;
c)

2. w punkcie 2 (drugim) w ten sposób, że kosztami postępowania obciąża Skarb
Państwa - Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni i nakazuje w punkcie 2
ppkt 2 (drugim podpunkt drugi) dokonać wpłaty kwoty 7.664,- (siedem tysięcy
sześćset sześćdziesiąt cztery) złotych przez Skarb Państwa - Rejonowy Zarząd
Infrastruktury w Gdyni na rzecz Impel Cleaning spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością we Wrocławiu, stanowiącej uzasadnione koszty strony
poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

II. Zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa - Rejonowego Zarządu Infrastruktury
w Gdyni na rzecz skarżącego Impel Cleaning spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością we Wrocławiu kwotę 3.600,- (trzy tysiące sześćset) złotych

tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt XII Ga 13/09

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 04 grudnia 2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez Impel Cleaning spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Skarb Państwa - Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni protestu z dnia 31 października 2008r., przy udziale wykonawcy Zakład Sprzątania Wnętrz Józef Jankowski „MOP 83” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Elblągu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, oddaliła odwołanie (pkt 1 wyroku) oraz kosztami postępowania obciążyła Impel Cleaning spółkę z o.o. we Wrocławiu i nakazała :

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064,00 zł z kwoty wpisu uiszczonego przez Impel Cleaning spółkę z o.o. we Wrocławiu,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3.600,00 zł przez Impel Cleaning spółkę z o.o. we Wrocławiu na rzecz Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Gdyni stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10.936,00 zł z rachunku dochodów własnych Urzędu

Zamówień Publicznych na rzecz Impel Cleaning spółka z o.o. we Wrocławiu.

W uzasadnieniu Krajowa Izba Odwoławcza, że Odwołujący zarzucił Zamawiającemu - Rejonowemu Zarządowi Infrastruktury w Gdyni w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na usługi polegające na utrzymanie porządku i czystości pomieszczeń budynków, sprzątania dróg, chodników i placów utwardzonych oraz utrzymania i pielęgnacja terenów zieleni w kompleksach wojskowych administrowanych przez WAK Malbork naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 88 ust. 1 pkt. 11 pkt. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 6, art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wyboru oferty firmy MOP 83 Sp. z o.o. w Elblągu uznanej za najkorzystniejszą
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący twierdził, że w dniu 24.10.2008 r. otrzymał od Zamawiającego faksem informację o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy prawo zamówień publicznych z uwagi na omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 tejże ustawy lub błędy w obliczeniu ceny zawarte w ofercie oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty firmy Zakład Sprzątania Wnętrz Józef Jankowski „MOP 83” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Elblągu.

W dniu 30 października 2008 r. Odwołujący złożył protest na powyższe czynności Zamawiającego. W dniu 13.11.2008 r. Zamawiający oddalił protest, a we wniesionym do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołaniu Odwołujący oświadczył, iż podtrzymuje wszystkie zarzuty i wnioski zawarte w złożonym proteście.

Odwołujący wskazał, iż zaferowana przez niego cena została obliczona prawidłowo, z uwzględnieniem wszystkich wymogów stawianych przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a zatem jej odrzucenie jest bezzasadne. Podniósł, iż zarzut Zamawiającego sprowadza się do tego, iż w pozycji 4 formularza cenowego kalkulacja (stanowiącego Załącznik nr 3 do oferty przetargowej) Odwołujący błędnie wyliczył wartość wykonywania usługi dla warunków zimowych na terenach utwardzonych w okresie zimowym. Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z treścią pkt 3 Rozdziału VII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia każdy Wykonawca powinien „przygotować ofertę zgodnie z formularzem stanowiącym Załącznik nr 1 do niniejszej specyfikacji”. Załącznik Nr 3 stanowiący kalkulację usługi, a zatem kosztorys ofertowy stanowił jedynie narzędzie pomocnicze do wyliczenia ceny ofertowej określonej w wysokości brutto, przedstawionej przez Wykonawcę w Załączniku nr 1 OFERTA. Mając na uwadze powyższe zapisy, zawarte przez Zamawiającego w specyfikacji uznał, iż ceny podane przez Wykonawców właśnie w formularzu OFERTA są cenami wiążącymi, za które każdy Wykonawca deklaruje wykonanie przedmiotu zamówienia objętego niniejszą procedurą przetargową. To właśnie w treści Załącznika nr 1 OFERTA zawarte jest potwierdzenie, iż każdy wykonawca „składa ofertę zgodnie z przedmiotem zamówienia”. W tym stanie rzeczy, za niedopuszczalne uznał Odwołujący podjęcie przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego ze względu na występowanie błędu nie podlegającego poprawieniu w trybie art. 88 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, iż żadne poprawki ceny przez niego oferowanej nie są konieczne, jako że oferowana przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu cena jest ceną ryczałtową i jako taka jest zawsze poprawna, niezależnie od sposobu jej obliczenia. Nie może zatem zostać odrzucona oferta przewidująca cenę ryczałtową na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Zamawiający jest obowiązany zastosować w takim przypadku dyspozycję art. 88 ust. 1 pkt. 3 lit. a) ustawy. To Zamawiający w formularzu OFERTA oczekiwał od Wykonawców przedstawienia ryczałtów za świadczenie usług. Potwierdzeniem przyjętej argumentacji jest fakt, iż Zamawiający ustalając kryterium oceny ofert jako cenę w 100 %, ocenia całościową cenę wykonania usługi - przez danego wykonawcę całego zamówienia - a nie poszczególnych jego części.

Cena zaproponowana przez Odwołującego jest ceną ryczałtową, w związku z czym zgodnie z art. 88 ust. 1 pkt. 3 pkt a) ustawy Pzp przyjmuje się, że cenę tę podano prawidłowo bez względu na sposób jej obliczenia. Przy tak ustalonej cenie, nawet gdyby przyjąć, że przy jej obliczaniu wystąpiły omyłki rachunkowe, to Zamawiający na podstawie art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a) ustawy Pzp, zobowiązany jest przyjąć podaną cenę ryczałtową jako prawidłową. Nie może jednak budzić wątpliwości, która wielkość podana przez wykonawcę będzie uznana za wiążącą, jeśli wystąpią rozbieżności pomiędzy poszczególnymi zapisami ceny.

W świetle przytoczonych wyżej argumentów Odwołujący uznał, iż działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego jest całkowicie niezasadne. Zasady, według jakich obliczona została cena wykonywania usługi na terenach utwardzonych zostały wyjaśnione przez Odwołującego i są zgodne z wymogami Zamawiającego, tzn. obejmują wszystkie koszty świadczenia przedmiotowej usługi przez cały okres trwania umowy, tj. 48 miesięcy. Zamawiający otrzymał dodatkowe dane o kosztach tej usługi w skali jednego miesiąca wykonywania usługi w okresie zimowym, czego nie wymagał, ale podania czego nie zabraniał żaden przepis.

Sposób umiejscowienia momentu ponoszenia kosztów przez Odwołującego w trakcie trwania umowy jest jego uprawnieniem i Zamawiający nie może nakazywać wykonawcom dowolnego rozwiązania w tym zakresie.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami podatkowymi (tak dotyczącymi podatku dochodowego od osób prawnych, jak i rozliczania podatku od towarów i usług - VAT), koszty są przez przedsiębiorców rozliczane w miesiącach, w których faktycznie powstały.

W tym stanie rzeczy jest niedopuszczalne podjęcie przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego ze względu na występowanie błędu nie podlegającego poprawieniu w trybie art. 88 ustawy Pzp.

Odwolujący wskazał jednocześnie, iż gdyby nawet przyjąć stanowisko Zamawiającego jako prawdziwe, tj. że nie występuje w niniejszym postępowaniu ryczałt, to Zamawiający nie był w żaden sposób uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający winien wówczas na podstawie art. 88 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp dokonać poprawy błędnego, jak sam uznał działania matematycznego. W żaden sposób nie był jednak uprawniony do odrzucenia oferty, zwłaszcza, że w dniu podejmowania rozstrzygnięcia obowiązywała już nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych, która wprowadziła - również do toczących się tym dniu postępowań - znaczną liberalizację przepisów w zakresie powodów odrzucenia oferty. Zamawiający jednak, wbrew art. 4 ust. 1 ustawy wprowadzającej zmiany do ustawy, nie zastosował się do tych zmian.

W świetle powyższego oczywistym jest, że Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazał, że w toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje zarzuty i argumenty, oświadczył ponadto, że przy ocenie prawidłowości wyceny pozycji 3 i 4 złożonego przez niego formularza cenowego (załącznik nr 3) należy uwzględnić złożone oświadczenie Odwołującego na stronie 6 oferty, w którym zawarł wyjaśnienie z dnia 4.09.2008 r. do załącznika 3 „formularz cenowy - kalkulacja” i stwierdził: „Zamawiający wymaga od Wykonawców, aby wartość utrzymania terenów utwardzonych z wiersza nr 3 pomnożył razy 48 m-cy. Wynika z tego, że Zamawiający będzie płacił Wykonawcy przez 12 m-cy w roku 1/48 kwoty podanej w wierszu nr 3. Aby nie dublować kosztów ponoszonych na utrzymanie terenów utwardzonych. Wykonawca w wierszu 4 policzył tylko różnicę, jaką Zamawiający będzie dopłacał do utrzymania terenów utwardzonych w okresie zimowym do kwoty z wiersza nr 3”.

Zamawiający - Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że odrzucił ofertę firmy Impel Cleaning spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako zawierającą omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 tejże ustawy, lub błędy w obliczeniu ceny. Zamawiający wskazał, że w pozycji 4 formularza cenowego wyliczono nieprawidłowo wartość usługi dla warunków zimowych, a błędne skalkulowanie wartości usługi polega na podaniu dwóch wartości a) i b). Wartość a) za 1 miesiąc usługi i wartość b) za 16 miesięcy wykonywania usługi. Natomiast w formularzu cenowym stanowiącym załącznik do SIWZ Zamawiający przewidział wyliczenie wartości za 48 miesięcy, w związku z powyższym wartość usługi podana przez Wykonawcę jest nieprawidłowa.

Zamawiający stwierdził nadto, że cena postępowania nie jest ceną ryczałtową. Zamawiający z uwagi na nieprzewidywalność warunków zimowych, przewidział bowiem w SIWZ oraz w projekcie umowy możliwość występowania różnych warunków zimowych i ze względu na ich intensywność przewidział zróżnicowaną cenę, zażądał też żeby wartość oferty została wyliczona za okres 48 miesięcy.

Zamawiający uznał, że w ofercie Odwołującego błędnie skalkulowano wartość usługi z wiersza 4 formularza poprzez podanie wartości za okres 16 miesięcy, co wynika z podzielenia wartości całej usługi w przedmiotowym zakresie przez cenę jednostkową.

Ponadto w opinii Zamawiającego cena oferowana dotycząca utrzymania terenów utwardzonych w okresie zimowym nie jest ceną ryczałtową z uwagi na różnorodne stawki w zależności od faktycznych warunków zimowych (zima lekka, zima średnia, zima ciężka), po których naliczane będzie wynagrodzenie. Nie przyznał też racji Odwołującemu wskazując, że z uwagi na cenę ryczałtową, bez znaczenia dla oceny jego oferty jest sposób jej wyliczenia zawarty w kosztorysie ofertowym.

Ponieważ oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny, Zamawiający nie posiada uprawnień do dokonania jej poprawienia.

Zamawiający wskazał również, że przetarg, co wynika z protokołu postępowania, rozstrzygnięto 23 października 2008 r., a pismo o wyniku postępowania datowane jest na 24 października 2008 r. i w tej dacie uczestnicy otrzymali informację o rozstrzygnięciu

przetargu.

Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że w zakresie usług z wierszy 1-3 zgadza się na twierdzenie, że cena jest ryczałtowa, natomiast w wierszu 4 nie ma takiej sytuacji. Dla porównywalności ofert, mimo braku wiedzy o rzeczywistych i nieprzewidywalnych warunkach zimowych, wskazał sposób kalkulowania w tej części przedmiotu zamówienia (wiersz 4). W omawianym zakresie nie miał możliwości poprawienia stwierdzonego błędu.

Przystępujący do postępowania odwoławczego tj. Zakład Sprzątania Wnętrz Józef Jankowski „MOP 83” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Elblągu wniósł o oddalenie odwołania i poparł stanowisko Zamawiającego. Przystępujący stwierdził, że Odwołujący uzupełnił formularz cenowy (załącznik nr 3) niezgodnie ze specyfikacją i instrukcją wypełnienia tam zawartą. Formularz został wypełniony błędnie i sposób prowadzący do uprzywilejowania pozycji Odwołującego w stosunku do innych wykonawców. Przystępujący zakwestionował również pogląd Odwołującego o ryczałtowym charakterze ceny odnoszony do wiersza 4 formularza kolumny 5 i 6, a w nich poz. a i b.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, stanowiskami stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem krajowej Izby Odwoławczej jakkolwiek można uznać za wiarygodne twierdzenie Zamawiającego o podjęciu decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty Odwołującego w dniu 23 października 2008 r., prawnie doniosła jest w tym zakresie data zawiadomienia uczestników postępowania, czyli wykonawców, którzy złożyli oferty, w trybie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, tj. upublicznienie wyniku przetargu. Zdarzenie to nastąpiło dnia 24 października 2008 roku, czyli w pierwszym dniu obowiązywania ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058).

W konsekwencji, stosownie do art. 4 ust. 1 powołanej ustawy zmieniającej, do postępowania wszczętego przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy w brzmieniu nadanym ustawą zmieniającą, w zakresie poprawienia omyłek w ofercie i przesłanek odrzucania oferty. Oznacza to, że w rozpatrywanej sprawie nie obowiązuje, wobec jego uchylecia, przepis art. 88 ustawy Pzp, a zastosowanie mogą mieć jedynie przepisy art. 87 ust. 2 ustawy w nowym brzmieniu. Skoro zatem nie ma zastosowania art. 88 ustawy Pzp, bezprzedmiotowe jest dalsze rozważenie, czy zaoferowanie ceny ofertowej są cenami ryczałtowymi czy kosztorysowymi (por. treść art. 88 ustawy Pzp w dotychczasowym brzmieniu, w którym to przepisie miał znaczenie charakteru ceny na sposób poprawiania omyłek rachunkowych). Uwzględniając tę okoliczność do poprawienia ewentualnych omyłek w ofercie Odwołującego mógłby mieć zastosowanie przepis art. 87 ust. 2 ustawy Pzp w brzmieniu ustalonym w wyniku przywołanej nowelizacji.

W ocenie składu orzekającego Izby w ofercie Odwołującego nie zachodziły jednak oczywiste omyłki pisarskie ani oczywiste omyłki rachunkowe, o których stanowi art. 87 ust 2 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp. Odwołujący, nie uwzględniając przy wycenie w pozycji 4 formularza cenowego (załącznik nr 3) wymaganego przez Zamawiającego okresu 48 miesięcy świadczenia usług w okresie zimowym doprowadził *de facto* do niezgodności swojej oferty z zapisami SIWZ i o oczywistej omyłce (pisarskiej, czy rachunkowej) w tym zakresie nie może być mowy.

KIO stwierdziła, iż rozważyć zatem należy, czy w sprawie zachodzi przesłanka popełnienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodująca istotnej zmiany w treści oferty, czyli przesłanka unormowana w art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący w złożonej ofercie - formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 3

do oferty - dokonał kalkulacji ceny utrzymania porządku i czystości na terenach utwardzonych w okresie zimowym (pozycja nr 4) w sposób jednoznacznie określony w postanowieniach SIWZ, z zastrzeżeniem niezgodności okresu świadczenia usługi (odwołujący pomnożył cenę jednostkową przez określoną powierzchnię oraz okres 16 miesięcy zamiast wynaganych 48 miesięcy). W ocenie Izby sam Odwołujący miał świadomość dokonania tej czynności odmiennie od wymogów SIWZ opisanych w treści formularza w tabeli i objaśnienia pod tabelą, oznaczonych symbolem Wykonawca potwierdził to składając w treści oferty (str. 6 oferty) oświadczenie z dnia 4 września 2008r., stanowiące wyjaśnienie do formularza cenowego, w którym opisał odmienną metodę liczenia kosztów utrzymania terenów utwardzonych w stosunku do zasad określonych w SIWZ. W konsekwencji dokonanego ustalenia Izba uznała, że w ofercie popełniono omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, a ewentualne poprawienie tej omyłki spowodowałoby istotne zmiany w treści oferty Odwołującego. Niemożliwe jest zatem dokonanie poprawienia treści oferty Odwołującego się wykonawcy w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, co oznacza, że Zamawiający miał pełne podstawy odrzucić tę ofertę, uznając, że przedstawiony sposób wyceny ofertowej Odwołującego jest odmienny od wymogów SIWZ, co tym samym czyni tę ofertę nie tylko sprzeczną z treścią SIWZ, ale również nieporównywalną w kryterium cenowym z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu. Przyjęcie takiej oferty przez Zamawiającego doprowadziłoby do naruszenia przy ocenie ofert zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Podejmując rozstrzygnięcie w sprawie kosztów postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie KIO dokonała rozliczenia kwoty wpisu faktycznie uiszczonego przez Odwołującego, tj. kwoty 45.000 zł, a nie wpisu należnego w tej sprawie (15.000 zł), nakazując zwrot na rzecz Odwołującego różnicy pomiędzy uiszczoną kwotą, a kosztami postępowania odwoławczego. W ramach rozstrzygnięcia w sprawie kosztów postępowania odwoławczego uwzględniono również koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego na podstawie przedłożonego rachunku przy zastosowaniu treści § 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 rozliczenia (Dz. U z 2007 r. Nr 128, poz. 888).

Na podstawie art. 194 ust. 1 w związku z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zm.; dalej : *ustawa Pzp*) wykonawca Impel Cleaning spółka z o.o. we Wrocławiu zaskarżył w całości wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 grudnia 2008 r., syg. akt KIO/UZP 1365/08.

Powyższemu orzeczeniu skarżący zarzucił zarówno naruszenie przepisów prawa materialnego, jak również naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie:

1. art. 190 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wydanie przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wyroku bez rozpoznania istoty sprawy,
2. art. 188 ust. 7 ustawy Pzp poprzez przekroczenie przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej granic swobodnej oceny dowodów,
3. art. 191 ust. 3 ustawy Pzp poprzez przekroczenie przez skład orzekający KIO kompetencji i orzekanie co do zarzutów nie ujętych w proteście i rozstrzygnięciu przetargu przez Zamawiającego,
4. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uchylenia przez skład orzekający KIO decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Skarżącego,
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie przez skład orzekający KIO, iż istnieją przesłanki do odrzucenia oferty Skarżącego na tej podstawie,
6. art. 87 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Zamawiającego do dokonania

ponownego badania i oceny oferty Odwołującego,

7. art. 4 ust.1 ustawy z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, poprzez uznanie za prawidłowej podstawy odrzucenia oferty Skarżącego na podstawie nieobowiązującej już treści art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o:

- 1) zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej poprzez uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) zasądzenie na rzecz Skarżącego kosztów procesu (postępowania odwoławczego i skargowego), w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm prawem przepisanych.

W uzasadnieniu skargi skarżący podtrzymał wszystkie zarzuty i wnioski wniesione w odwołaniu i podnosił, że wydany prze KIO wyrok w sposób rażąco narusza przepisy prawa, a ponadto z przekroczeniem kompetencji Krajowej Izby Odwoławczej.

Skarżący wskazał, iż zaskarżony wyrok jest kolejnym wydanym przez Krajową Izbę Odwoławczą, który rozstrzyga o identycznych zarzutach faktycznych i prawnych pomiędzy Skarżącym a przeciwnikiem skargi - RZI Gdynia. Pomimo sytuacji, iż spór pomiędzy stronami sprowadza się do tego samego zagadnienia - możliwości odrzucenia przez Zamawiającego oferty Skarżącego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp - składy orzekające w niniejszej sprawie wydały różne, sprzeczne wyroki, co świadczy - zdaniem skarżącego - jedynie o braku rozeznania co do istoty sprawy. Skarżący powołał się przy tym na rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach o sygnaturach KIO/UZP/1365/08 i KIO/UZP/1371/08 - na okoliczność nie rozpoznania istoty sprawy przedmiotowym postępowaniu przez KIO.

Taka znaczna rozbieżność w rozstrzyganiu w istocie jednego i tego samego zagadnienia prawnego świadczy zdaniem skarżącego o braku rzetelnego rozpoznania sprawy przez składy orzekające KIO.

Skarżący podkreślił, że istota zagadnienia, które miała rozstrzygnąć Krajowa Izba Odwoławcza sprowadza się do tego, czy Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu prawidłowo odrzucił ofertę Skarżącego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jak to wskazał w swoim rozstrzygnięciu z dnia 24 października 2008 r. z uwagi na omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 lub błędy w obliczaniu ceny zawarte w ofercie.

W opinii Zamawiającego Skarżący podał błędną wartość w pozycji 4 kolumna 5 formularza cenowego (załącznik nr 3 do oferty), gdzie rzekomo wyliczono nieprawidłowo wartość usługi dla warunków zimowych. Błędne skalkulowanie wartości usługi polega według Zamawiającego na podaniu dwóch wartości a) i b). Wartość a) za 1 miesiąc usługi i wartość b) za 16 miesięcy wykonywania usługi. W formularzu cenowym Zamawiający przewidział wyliczenie wartości za 48 miesięcy w związku z powyższym wartość usługi podana przez Wykonawcę jest nieprawidłowa. Zamawiający podejmując decyzję podał zarówno jako przyczynę odrzucenia oferty omyłkę rachunkową, jak i błąd w obliczeniu ceny, czyli całą dyspozycję pkt. 6 ust. 1 art. 89 ustawy Pzp, zatem w istocie nie wskazał która z dwóch przesłanek wskazanych w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w niniejszej sytuacji znalazła zastosowanie.

W formularzu cenowym - Kalkulacja - zał. nr 3 do SIWZ Zamawiający, po ostatecznej jego modyfikacji, dodał w kolumnie Lp. pozycję 4 (czwarta) o treści „tereny utwardzone w okresie zimowym”. Pod tabelą dodano zapis o treści, a odnoszący się tylko do dodanej pozycji 4 (czwartej). W pozycji 4 „Tereny utwardzone w okresie zimowym w kolumnie „Cena jednostkowa netto (zł/mkw/m-c) należy podać średnią arytmetyczną cenę jednostkową za 1 metr kwadratowy dla warunków zimy lekkiej, średniej, ciężkiej. W kolumnie „wartość netto zamówienia za 48 m-cy (zł)” należy wpisać iloczyn ceny

jednostkowej netto i powierzchni.

Zdaniem skarżącego, podał on właściwą liczbę miesięcy, cenę miesięczną i cenę za 48 miesięcy, zaś w oświadczeniu wyjaśnił sposób kalkulacji. Zatem brak jest przesłanek do stwierdzenia, iż oferta skarżącego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - jak to uczyniła Krajowa Izba Odwoławcza. Zgodnie bowiem z art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp zamawiający zobligowany był - jeśli nie akceptował sposobu wyliczenia ceny podanego przez skarżącego - obligatoryjnie zastosować dyspozycję zawartą w przytoczonym przepisie i dokonać poprawienia pomyłki rachunkowej z uwzględnieniem wynikających z niej konsekwencji. Zamawiający nie uczynił tego i nie nakazała mu tego Izba, choćby była to logiczna konsekwencja przyjętych przez tenże skład orzekający ustaleń co do stanu faktycznego i prawnego. Zatem wyrok KIO w tym zakresie jest wadliwy.

Ponadto skarżący powołując się na wyroki KIO z dnia : 9 grudnia 2008 r., sygn. akt. KIO/UZP/1381/08, z dnia 5 grudnia, sygn. akt. KIO/UZP/1352/08, z dnia 2 grudnia 2008 r. sygn. akt. KIO/UZP/1312/08, wskazał, iż inne składy orzekające badając identyczne zagadnienie dotyczące kalkulacji oferty skarżącego dla tego samego Zamawiającego, konsekwentnie nakazywały Zamawiającemu stosownie dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp, który zastąpił dawne regulacje zawarte w art. 88 ustawy PZP.

Dalej skarżący zarzucił, iż Krajowa Izba Odwoławcza nie dokonała w zaskarżonym wyroku rozstrzygnięcia czy decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Skarżącego ze względu na „omylkę lub błąd w obliczeniu ceny” była prawidłowa. Zupełnie pominięto zarzuty skarżącego, iż Zamawiający w swoim rozstrzygnięciu nie podał precyzyjnie jednej podstawy prawnej, a powołał się na dwie, z których nie wiadomo, która miała być właściwą jako że obie jednocześnie nie mogły wystąpić.

Nierozstrzygnięcie przez Izbę w sposób jednoznaczny z jakim rodzajem ceny żądanej przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia oraz prawidłowości wskazania podstaw prawnych odrzucenia oferty skarżącego, uniemożliwia - zdaniem Skarżącego - wydanie wyroku, jako że nie jest możliwe wyrokowanie bez jednoznacznego ustalenia stanu faktycznego.

KIO za podstawę swoje rozstrzygnięcia przyjęła ustalenie „że w ofercie popełniono pomyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, a ewentualne poprawienie tej pomyłki spowodowałoby istotne zmiany w treści oferty Odwołującego. W świetle dokonanego ustalenia stwierdzić należy, że niemożliwe jest dokonanie poprawienia treści oferty Odwołującego się wykonawcy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, co oznacza, że Zamawiający miał pełne podstawy odrzucić tę ofertę, uznając, że przedstawiony sposób wyceny ofertowej odwołującego jest odmienny od wymogów SIWZ, co tym samym czyni tę ofertę nie tylko sprzeczną z treścią SIWZ, ale również nieporównywalną w kryterium cenowym z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu”.

Ustalenie przez Izbę, że Zamawiający wydając orzeczenie w dniu 24 października 2008 r. zobowiązany był do stosowania znowelizowane, obowiązujące już od tego dnia przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, jest zgodne z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. i prawidłowe, jednak skład orzekający KIO w swoim orzeczeniu nie stosował się - zdaniem skarżącego - konsekwentnie do wynikających stąd okoliczności. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że oferta skarżącego jest niezgodna z treścią siwz, i jako taka podlega odrzuceniu - skarżący przyjmuje, iż chodzi tu o dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Tymczasem Izba miała za zadanie ustalić, nie to czy oferta skarżącego w swej treści jest niezgodna z treścią siwz, ale czy przy obliczaniu ceny skarżący popełnił omyłkę rachunkową lub błąd w obliczeniu ceny. Takie bowiem było rozstrzygnięcie Zamawiającego, które zostało najpierw oprotestowane przez skarżącego, i od którego złożono odwołanie. Zamawiający nigdzie w toku całego postępowania nie twierdził, iż oferta skarżącego w swej treści jest niezgodna z treścią siwz, a wręcz przeciwnie, tak w rozstrzygnięciu protestu, jak i toku rozprawy przed KIO konsekwentnie wskazywał na prawidłowe jego zdaniem odrzucenie oferty Skarżącego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją.

Tym samym, zdaniem skarżącego, Krajowa Izba Odwoławcza w przedmiotowej

sprawie dokonała rozstrzygnięcia kwestii niespornej między stronami, kwestii, co do której żadna ze stron nie żądała rozstrzygnięcia, nie objętej protestem i odwołaniem, zaniechała zaś rozstrzygnięcia właściwego przedmiotu sporu. Skoro zatem Zamawiający w niniejszej sprawie nie miał podstaw prawnych i faktycznych od odrzuceniu oferty skarżącego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp (czy to w brzmieniu sprzed, czy po nowelizacji), to tym samym odwołanie powinno zostać uwzględnione z jednoczesnym nakazaniem Zamawiającemu powtórzonego badania i oceny ofert. Tymczasem - zdaniem skarżącego - mimo, że skład orzekający KIO nie jest już uprawniony do badania z urzędu innych przesłanek, niż te które są zawarte w proteście i odwołaniu, to w niniejszej sprawie w sposób rażąco przekroczył swoje uprawnienia w wyniku czego wydał wyrok sprzeczny z obowiązującym prawem.

Zaskarżony wyrok, zdaniem skarżącego, oparty jest na całkowitej dowolności w ocenie przedstawionych dowodów, przy czym w żadnym miejscu nie wskazuje na przesłanki jakimi skład orzekający się kierował jedne dowody uwzględniając, a innym odmawiając wiary. W tym zakresie uzasadnienie stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej jest nadzwyczaj lakoniczne i wewnętrznie sprzeczne. Brak jest w nim przytoczenia podstaw prawnych i motywów podjęcia decyzji zawartej w wyroku.

Skarżący podniósł, iż na stronie 7 uzasadnienia wyroku drugi akapit od góry, wers 13, skład orzekający przyjął, iż skarżący „(...)nie uwzględniając przy wycenie w pozycji 4 formularza cenowego (załącznik nr 3) wymaganego przez Zamawiającego okresu 48 miesięcy świadczenia usługi w okresie zimowym(...)”. Powyższe ustalenie nie jest oparte na oświadczeniach zawartych w ofercie skarżącego, gdzie nie ma w żadnym miejscu mowy o oferowaniu innego niż wymaga Zamawiający okresu świadczenia usługi.

Poczynione przez Izbę ustalenie stoi w sprzeczności z oświadczeniem pełnomocnika skarżącego, złożonym w toku rozpraw, przy czym w żadnym miejscu nie wskazano, dlaczego wbrew konsekwentnej argumentacji skarżącego, skład orzekający doszedł do innych wniosków i na czym je oparł. Wskazując na przepis art. 188 ust. 7 ustawy Pzp skarżący podniósł, że w niniejszej sprawie w sposób zdecydowany naruszono zasadę logicznego interpretowania przedstawionych dowodów, a ponadto w logiczny sposób nie uzasadniono wydanego rozstrzygnięcia, a raczej jego braku. Ponadto zdaniem skarżącego KIO nie odniosła się do dowodów będących w aktach sprawy np. oświadczenia skarżącego ze strony 6 oferty, oświadczeń pełnomocników skarżącego składanych na rozprawie, np. co sposobu obliczenia ceny wskazanej w formularzu ofertowym jako cena zimowego utrzymania terenów utwardzonych, konsekwencji wynikających z oświadczeń Zamawiającego, iż nie oceniał on wszystkich dokumentów wchodzących w skład oferty Skarżącego (nie ocenianie było oświadczenie ze strony 6 oferty). Nie wiadomo też dlaczego w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przyjęto ~ strona 6 wers 18 od dołu - oświadczenie Zamawiającego, iż w ofercie skarżącego przyjęto w pozycji 4 formularza cenowego, iż usługa będzie wykonywana przez 16 miesięcy, wbrew odmiennym oświadczeniom skarżącego.

Zamawiający wnosil o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów.

Przeciwnik skargi - Zakład Sprzątania Wnętrz Józef Jankowski „MOP 83” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Elblągu wnosil o oddalenie skargi.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga zasługuje na uwzględnienie, a zarzuty w niej podniesione nie są pozbawione słuszności.

Przed rozważeniem zasadności zarzutów należy jednak w pierwszej kolejności wskazać, że ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. (t.j. Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655, ze zm.: *dalej : ustawa Pzp*) 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), która

weszła w życie w dniu 24 października 2008r.

Zgodnie z treścią art. 4 w/cyt ustawy z dnia 04 września 2008 r. 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 (ust. 1). Do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg, stosuje się przepisy działu VI ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą (ust. 2).

W niniejszej sprawie protest został wniesiony w dniu 30 października 2008r. tj. po dniu wejścia w życie nowelizacji z 2008r., a zatem przy rozpoznawaniu sprawy należy stosować przepisy nowe w zakresie : zmiany ogłoszeń, zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprawiania omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia oferty, jak również przepisy działu VI „Środki ochrony prawnej” w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 04 września 2008 r.

Sąd Okręgowy podziela stanowisko skarżącego, że odrzucenie jego oferty w podawanych przez Zamawiającego podstawach faktycznych i prawnych należy ocenić jako niewłaściwe.

Zdaniem Zamawiającego oferta skarżącego podlegała odrzuceniu na podstawie art.

89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W zakresie oferty złożonej przez skarżącego Zamawiający stwierdził, iż w pozycji 4 formularza cenowego wyliczono nieprawidłowo wartość usługi dla warunków zimowych. Błędne wyliczenie wartości usługi polega na podaniu dwóch wartości - za miesiąc (a) oraz za 16 miesięcy wykonywania usługi (b), podczas gdy Zamawiający przewidział wyliczenie wartości za 48 miesięcy.

Z kolei Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, że w ofercie Odwołującego nie zachodziły oczywiste omyłki pisarskie, ani oczywiste omyłki rachunkowe, o których stanowi art. 87 ust 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Odwołujący, nie uwzględniając przy wycenie w pozycji 4 formularza cenowego (załącznik nr 3) wymaganego przez Zamawiającego okresu 48 miesięcy świadczenia usługi w okresie zimowym doprowadził *de facto* do niezgodności swojej oferty z zapisami SIWZ i o oczywistej omyłce (pisarskiej, czy rachunkowej) w tym zakresie nie może być mowy. Ponadto KIO stwierdziła, iż Odwołujący w złożonej ofercie - formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 3 do oferty - dokonał kalkulacji ceny utrzymania porządku i czystości na terenach \ utwardzonych w okresie zimowym (pozycja nr 4) w sposób jednoznacznie określony w postanowieniach SIWZ, z zastrzeżeniem niezgodności okresu świadczenia usługi (odwołujący pomnożył cenę jednostkową przez określoną powierzchnię oraz okres 16 miesięcy zamiast wymaganych 48 miesięcy). W ocenie Izby sam Odwołujący miał świadomość dokonania tej czynności odmiennie od wymogów SIWZ opisanych w treści formularza w tabeli i objaśnienia pod tabelą, oznaczonych symbolem Wykonawca potwierdził to składając w treści oferty (str. 6 oferty) oświadczenie z dnia 4 września 2008r., stanowiące wyjaśnienie do formularza cenowego, w którym opisał odmienną metodę liczenia kosztów utrzymania terenów utwardzonych w stosunku do zasad określonych w SIWZ. W konsekwencji dokonanego ustalenia Izba uznała, że w ofercie popełniono omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, a ewentualne poprawienie tej omyłki spowodowałoby istotne zmiany w treści oferty Odwołującego. Niemożliwe jest zatem dokonanie poprawienia treści oferty Odwołującego się wykonawcy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co oznacza, że Zamawiający miał pełne podstawy odrzucić tę ofertę, uznając, że przedstawiony sposób wyceny ofertowej Odwołującego jest odmienny od wymogów SIWZ, co tym samym czyni tę ofertę nie tylko sprzeczną z treścią SIWZ, ale również nieporównywalną w kryterium cenowym z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu. Przyjęcie takiej oferty przez Zamawiającego doprowadziłoby do naruszenia przy ocenie ofert zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż skoro w przedmiotowej sprawie nie ma

zastosowania art. 88 ustawy Pzp (w dotychczasowym brzmieniu), bezprzedmiotowe jest rozważenie, czy zaoferowanie ceny ofertowej są cenami ryczałtowymi czy kosztorysowymi.

Zdaniem Sądu Okręgowego powyższy pogląd należy uznać za błędny. Natomiast zasadne są zarzuty skarżącego dotyczące naruszenia art. 190 ust. 2 ustawy Pzp przez wydanie przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku bez rozpoznania istoty sprawy, art. 188 ust. 7 ustawy Pzp przez przekroczenie przez Krajową Izbę Odwoławczą granic swobodnej oceny dowodów, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez stwierdzenie konieczności odrzucenia oferty Odwołującego na tej podstawie, art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uchylenia przez KIO decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Skarżącego, art. 87 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Zamawiającego do dokonania ponownego badania i oceny oferty Odwołującego, oraz art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, poprzez uznanie za prawidłowej podstawy odrzucenia oferty Skarżącego na podstawie nieobowiązującej już treści art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wyżej wskazano, zgodnie z brzmieniem art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw do oceny przesłanek odrzucenia oferty i poprawiania pomyłek mają zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu obowiązującym od dnia 24 października 2008 r. Zatem twierdzenie Krajowej Izby Odwoławczej, że do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp po nowelizacji, która weszła w życie w dniu 24 października 2008 r. jest słuszne.

Składając formularz ofertowy (Załącznik nr 1 do Specyfikacji), zmodyfikowany przez Zamawiającego, wykonawcy zobowiązani byli złożyć zawarte w nim oświadczenie o treści „składam ofertę zgodną z przedmiotem zamówienia za cenę” oraz podać cenę brutto i kwotę VAT osobno za cztery pozycje: utrzymanie w czystości obiektów kubaturowych, utrzymanie w czystości terenów zielonych, utrzymanie w czystości terenów utwardzonych w okresie pozazimowym, utrzymanie w czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym, w także podać sumę w/w pozycji.

Formularz ceny (Załącznik nr 3 do Specyfikacji) opracowany został przez Zamawiającego w formie tabeli i oprócz nazwy obiektu i powierzchni Zamawiający wymagał podania przez wykonawców ceny jednostkowej netto (zł/m²/m-c), wartości netto zamówienia za 48 miesięcy oraz wartości brutto zamówienia za 48 miesięcy. W zakresie pozycji 4 tabeli „Tereny utwardzone w okresie zimowym” Zamawiający zawarł wyjaśnienie, iż w kolumnie „Cena jednostkowa netto (zł/m m/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. W formularzu tym należało także podać ceny jednostkowe za utrzymanie w czystości pomieszczeń, utrzymanie w czystości terenów zielonych, utrzymanie w czystości terenów utwardzonych w okresie pozazimowym oraz utrzymanie w czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym, przy czym w przypadku tych ostatnich należało wyróżnić zimę lekką, średnią, ciężką a także warunki pozazimowe.

Jednocześnie w Załączniku nr 4 „Specyfikacja techniczna wykonania i obioru” (strona 7) Zamawiający podał, iż utrzymanie czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym „obejmuje okres od 1 listopada do 31 marca” - tj. pięć miesięcy w ciągu roku.

Z kolei § 2 ust. 1 projektu umowy (Załącznik nr 5 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) stanowi, iż termin realizacji zamówienia wynosi 48 miesięcy od daty podpisania umowy. W § 4 projektu umowy przewidziano zaś podanie ogólnej wartości umowy oraz wynagrodzenie miesięczne. W umowie przewidziano jednak również podanie cen jednostkowych wyszczególnionych w formularzu cenowym, na podstawie których Zamawiający będzie dokonywał wypłaty wynagrodzenia.

W ocenie Sądu Okręgowego wynagrodzenie w tym konkretnym przetargu ma

charakter ryczałtowy, ale jedynie w odniesieniu do pozycji 1,2 i 3 formularza cenowego i ofertowego. Mimo podania cen jednostkowych, wynagrodzenie za usługi wymienione w tych pozycjach w kwotach płatnych za okresy miesięczne ma charakter stały przez okres trwania umowy. Wynagrodzenie to może być jedynie korygowane poprzez zmiany utrzymywanej powierzchni. Natomiast w odniesieniu do rozliczeń za usługi określone w poz. 4 formularza cenowego - zimowe utrzymanie terenów utwardzonych, charakter ryczałtowy mają jedynie ceny jednostkowe wyszczególnione dla warunków zimy lekkiej, średniej i ciężkiej, liczone w złotych za 100 m²/na dobę. Rozliczenia za zimowe utrzymanie terenów utwardzonych będą się odbywały w oparciu o ustalone ceny jednostkowe, stosownie do okresu oraz faktycznie panujących warunków klimatycznych.

Podkreślenia wymaga, że skoro Zamawiający określił w specyfikacji technicznej warunki zimowego utrzymania terenów utwardzonych na 16 miesięcy w okresie 48 miesięcznym trwania umowy, to Odwołujący uwzględnił te wytyczne w obliczeniu ceny oferty. Wykonawca po to składa ofertę, aby otrzymać zamówienie. Wnioskować zatem należy, że skarżący nie miał interesu w tym aby zawyżać wynagrodzenie w poz. 4, ponad skalkulowane składniki cenowe, za faktyczny okres trwania danej usługi (w tym wypadku 16 miesięcy w ciągu całego 48 miesięcznego okresu trwania umowy). Również sam Zamawiający do obliczenia szacunkowej wartości zamówienia dla okresu zimowego przyjął okres 16 miesięcy.

Niewątpliwie jest, że sposób obliczenia skalkulowanej ceny oferty za świadczenie usług w okresie zimowym budził wątpliwości. 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 dokonując modyfikacji formularza ofertowego *de facto* pogłębił niejasność procedury. Zamieszczając przypis pod tabelą formularza cenowego- kalkulacji (załącznik nr 3), że w poz. 4 w kolumnie „wartość netto zamówienia za 48 m-cy (zł)” dla utrzymania

terenów utwardzonych w okresie zimowym, wykonawcy winni przedstawić wyłącznie iloczyn ceny jednostkowej i powierzchni, Zamawiający nie wprowadził wymogu pomnożenia tej ceny dodatkowo przez 48 miesięcy. Oceniając zatem treść postanowień SIWZ przyjąć należy, że adnotacja, którą Zamawiający wprowadził pod tabelą załącznika nr 3 odnosi się ściśle do poz. 4 i określa sposób obliczenia ceny ofert jedynie na potrzeby usługi zawartej w tej pozycji formularza cenowego.

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 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, że prawidłowo przygotowana specyfikacja (wraz z załącznikami), tj. specyfikacja nienaruszająca podstawowych zasad prowadzenia postępowania, zawierająca jednoznaczny i wyczerpujący opis zlecanego świadczenia, jest gwarancją sprawnego przebiegu postępowania. Jakość zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma decydujące znaczenie nie tylko dla samego etapu prowadzenia postępowania, ale przede wszystkim dla etapu następującego po postępowaniu, tj. realizacji umowy. Jednym z obligatoryjnych elementów specyfikacji jest wskazanie wykonawcy elementów, które muszą być uwzględnione w kalkulacji ceny oferty. Metoda opisanego sposobu obliczenia ceny oferty jest uzależniona od rodzaju przedmiotu, ale zawsze sprowadza się do wyliczenia wszystkich istotnych czynników, które winny być wkalkulowane w cenę. Treść specyfikacji powinna być skonstruowana przez zamawiającego w taki sposób, aby oferty wykonawców mogły być przygotowane zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego i by nie zachodziły żadne wątpliwości co do intencji zamawiającego wyartykułowanych w specyfikacji.

Skoro zatem w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, mimo kierowanych pytań, nie określił bez wątpliwości sposobu w jaki wszyscy 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.

W tej sytuacji uznać należy, zdaniem Sądu Okręgowego, że skarżący w sposób prawidłowy wypełnił wiersz 4 w tabeli stanowiącej załącznik nr 3 do oferty. Skarżący podał w poz. 4a formularza cenowego (załącznik nr 3) cenę za okres miesięczny, a pod poz. 4b cenę przez cały okres trwania umowy (16 miesięcy okres zimowy w ciągu 48 miesięcy trwania umowy). Natomiast przeniesienie do poz. 4 formularza ofertowego ceny brutto za 16 miesięcy, zamiast podanej w pozycji 4a formularza cenowego ceny brutto jest błędem wywołanym przez Zamawiającego. W żadnym razie Wykonawcę nie mogą obciążać niekorzystne skutki braku precyzji w formułowaniu wymagań Zamawiającego.

Zdaniem Sądu Okręgowego nie ma najmniejszych wątpliwości, że była „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 Pzp (w brzmieniu obowiązującym po nowelizacji z 2008r.).

Zaakcentowania wymaga, że nowelizacja z 2008r. dokonała wręcz rewolucyjnych zmian w zasadach poprawiania omyłek w ofertach. Omyłki w ofertach podzielono na 3 grupy: 1/ oczywiste pisarskie, 2/ oczywiste rachunkowe, 3/ inne - polegające na niezgodności z treścią siwz.

Poprawianie oczywistych omyłek pisarskich jest ugruntowaną w przepisach możliwością poprawiania błędów w nazwiskach, nazwach firm, adresach, numerach NIP i PESEL itp. informacjach, we wszystkich sytuacjach, w których nie ma wątpliwości, jak powinny wyglądać dane prawidłowe.

Oczywiste omyłki rachunkowe są już jednak nowością. W obecnie obowiązującym stanie prawnym nieistniejący już art. 88 określał katalog zasad, które służyły poprawianiu omyłek rachunkowych, niekoniecznie oczywistych. Istotne jedynie było, aby poprawienie danej omyłki mogło nastąpić na podstawie wskazanych zasad.

Ustawa co prawda nie precyzuje co należy uznać za „oczywistą omyłkę rachunkową” w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, dlatego pozostaje słownikowe wyjaśnienie, że „oczywisty” jest tożsame z „niebudzący wątpliwości”. Jeżeli więc dana omyłka będzie wymagała złożonych wyjaśnień lub nie będzie dostrzegalna na pierwszy rzut oka, nie będzie miała cech oczywistości i nie będzie mogła być poprawiona. Poprawieniu oczywistej omyłki musi towarzyszyć poprawienie jej skutków w całej ofercie (formularzu ofertowym), co skutkuje koniecznością przesłania całej oferty i poprawienia wszystkich zmian spowodowanych omyłkowym obliczeniem.

Z kolei przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje poprawić omyłki w treści oferty polegające na niezgodności z treścią specyfikacji, o ile ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Co do stopnia istotności zmian będzie decydował zamawiający. Inaczej mówiąc, zamawiający będzie mógł zmienić treść oferty po jej złożeniu przez wykonawcę w zakresie, w jakim uzna za stosowne. Granicą zmian będzie interpretacja wyrazu „istotny”. Należy również podkreślić, że omyłka w tym przypadku nie musi mieć cech oczywistości.

(por. A. Szyszkowski, A. Trześniewska - Markowicz, *Prawo zamówień publicznych, Komentarz dla praktyków*, OODK, Gdańsk 2009, str. 164-166)

Podkreślenia wymaga, że użyty przez ustawodawcę w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zwrot „zamawiający poprawia” nie pozostawia wątpliwości co do braku swobody w tym zakresie zamawiającego. W tym konkretnym postępowaniu 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 również 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, iż podczas procedury zamówienia publicznego i wydania przez Krajową Izbę Odwoławczą zaskarżonego wyroku doszło do naruszenia wyżej wymienionych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z tych względów Sąd Okręgowy na mocy art. 198 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. (t.j. Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655, ze zm.) orzekł jak w punkcie pierwszym sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego Sąd orzekł jak w punkcie drugim sentencji na podstawie art. 198 ust. 5 ustawy Pzp.

f) właściwe pcdp+sy
i&tzgętdp-SiC ćwtródózy

/ ; /STACZY SEKRETARZ

i : Sathj 0fcręJjov.-sgo w Gdańsku

V\

JSIłż)(ieta Rociiowicz