

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 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 Konsorcjum firm: Piotr Świdziński - Zakład Technicznych Usług
Komunalnych ECO-PLAN w Słupsku oraz KING-SŁUPSK Spółka Cywilna Joanna
Staniuk Sommer, Marcin Sommer w Słupsku

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 09 grudnia 2008 r., sygn. akt
KIO/UZP/1353/08

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 Konsorcjum firm: Zakład Technicznych Usług

Komunalnych EKO-PLAN Piotr Świdziński w Słupsku i KING-
SŁUPSK Spółka Cywilna Joanna Staniuk Sommer, Marcin
Sommer w Słupsku,

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

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 Konsorcjum firm: Zakład Technicznych Usług Komunalnych EKO-PLAN Piotr Świdziński w Słupsku i KING-SŁUPSK Spółka Cywilna Joanna Staniuk Sommer, Marcin Sommer w Słupsku, 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 Konsorcjum firm: Zakład Technicznych Usług Komunalnych EKO-PLAN Piotr Świdziński w Słupsku i KING-SŁUPSK Spółka Cywilna Joanna Staniuk Sommer, Marcin Sommer w Słupsku kwotę 3.600,- (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt: XII Ga 10/09

UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa - Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni prowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie porządku w obiektach administracyjnych przez WAK w Słupsku. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 lipca 2008 r. pod numerem 2008/S 143-192101.

W dniu nastąpiło otwarcie ofert, w postępowaniu złożono 3 oferty. Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. kwotę 3.384.748 zł netto. Zgodnie z pkt IV. 12 specyfikacji termin związania ofertą wynosił 60 dni.

W dniu 24.10.2008 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Zakładu Sprzątnania Wnętrz Józef Jankowski „MOP 83” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Elblągu i o odrzuceniu oferty Konsorcjum firm: Zakład Technicznych Usług Komunalnych EKO-PLAN Piotr Świdziński w Słupsku i KING-SŁUPSK Spółka Cywilna Joanna Staniuk Sommer, Marcin Sommer w Słupsku.

W dniu 29.10.2008 r. wykonawca Konsorcjum firm: Zakład Technicznych Usług Komunalnych EKO-PLAN Piotr Świdziński w Słupsku i KING-SŁUPSK Spółka Cywilna Joanna Staniuk Sommer, Marcin Sommer w Słupsku złożył protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 91, art. 92 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.; dalej : *ustawa Pzp*). Protestujący podnosił, że Zamawiający bezpodstawnie odrzucił jego ofertę oraz dokonał wyboru oferty, która znacznie przekracza środki finansowe zamawiającego podane przez otwarciem ofert, w związku z czym zażądał powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Protestującego, jako nie podlegającej odrzuceniu oraz dokonanie wyboru oferty protestującego jako oferty najkorzystniejszej. Protestujący wskazywał, że Zamawiający bezpodstawnie powołał się na nieobowiązujące przepisy ustawy Pzp, w szczególności przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, gdyż od 24 października 2008 r. przepis ten ma nowe brzmienie. Ponadto Protestujący

podnosił, że Zamawiający pomylił 48 miesięcy jako okres, który jest całkowicie okresem świadczenia usługi i wskazał go jako okres zimowy. Tymczasem okres zimowy ten powinien obejmować, zdaniem Protestującego, tylko 20 miesięcy (4 lata x 5 miesięcy zimowych w roku) i dotyczy utrzymania terenów utwardzonych.

Zwracając uwagę na treść załączników nr 3 i 4 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Protestujący podkreślił także, że zasady, według których została obliczona cena za realizację zamówienia zostały wyjaśnione przez Protestującego i są zgodne z wymogami Zamawiającego tj. obejmują wszystkie koszty świadczenia przedmiotowej usługi przez cały okres trwania umowy (48 miesięcy). Natomiast Zamawiający, odrzucając ofertę Protestującego, dokonuje innej interpretacji zasad obliczenia ceny za realizację zamówienia, aniżeli sam wskazał w SIWZ. Ocenianie ofert nie na podstawie specyfikacji jest także niezgodne z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

W dniu 03 listopada 2008 r. wykonawca Zakład Sprzątania Wnętrz Józef Jankowski „MOP 83” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Elblągu przystąpił do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu.

W dniu 03 listopada 2008 r. Zamawiający oddalił protest, podnosząc że dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Protestującego w dniu 23 października 2008 r., a tylko poinformował o tym fakcie w dniu 24 października 2008 r., skutkiem czego stosował przepisy ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji z 2008r. Wynika to m.in. z rubryki 15 protokołu na druku ZP-1. Ponadto wskazał, że kwota podana przed otwarciem ofert nie była kwotą jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a tylko kwotą jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienie.

W dniu 18 listopada 2008 r. Wykonawca Konsorcjum firm: Zakład Technicznych Usług Komunalnych EKO-PLAN Piotr Świdziński w Słupsku i KING-SŁUPSK Spółka Cywilna Joanna Staniuk Sommer, Marcin Sommer w Słupsku wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu - jak w proteście - naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 91, art. 92 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście i wnioski w nim zawarte. Ponad zarzuty postawione w proteście Odwołujący zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Zakładu Sprzątania Wnętrz Józef Jankowski „MOP 83” spółka z o.o. w Elblągu, który (zdaniem odwołującego) nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż wykonane usługi wykazane przez tego wykonawcę nie i spełniają postawionych przez Zamawiającego wymogów.

W dniu 26.11.2008 r. Wykonawca Zakład Sprzątania Wnętrz Józef Jankowski „MOP 83” spółka z o.o. w Elblągu, złożył przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W dniu 04 grudnia 2008 r. Odwołujący złożył pismo „Stanowisko w rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą”.

Wyrokiem z dnia 09 grudnia 2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza, w sprawie sygn. akt KIO/UZP 1353/08, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Konsorcjum firm: Zakład Technicznych Usług Komunalnych EKO-PLAN Piotr Świdziński w Słupsku i KING-SŁUPSK Spółka Cywilna Joanna Staniuk Sommer, Marcin Sommer w Słupsku od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni protestu z dnia 29 października 2008 r., przy udziale wykonawcy Zakład Sprzątania Wnętrz J. Jankowski MOP 83 spółka z o.o. w Elblągu zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, oddaliła odwołanie, zaś kosztami postępowania obciążyła Konsorcjum w/wym firm i nakazała:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064 zł z kwoty wpisu uiszczonego przez Konsorcjum firm: Zakład Technicznych Usług Komunalnych EKO-PLAN Piotr Świdziński, KING-SŁUPSK Spółka Cywilna Joanna Staniuk Sommer, Marcin Sommer w Słupsku;

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3.600 zł przez Konsorcjum firm: Zakład Technicznych Usług Komunalnych ECO-PLAN Piotr Świdziński, KING-SŁUPSK Spółka Cywilna Joanna Staniuk Sommer, Marcin Sommer w Słupsku na rzecz Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Gdyni, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10.936 zł z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Konsorcjum firm: Zakład Technicznych Usług Komunalnych ECO-PLAN Piotr Świdziński, KING-SŁUPSK Spółka Cywilna Joanna Staniuk Sommer, Marcin Sommer w Słupsku.

W uzasadnieniu Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 Pzp.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i podlega oddaleniu. Izba wskazała, że zgodnie z treścią uwagi zawartej w przypisie do tabeli formularza cenowego, stanowiącego załącznik nr 3 do specyfikacji, zostało ustanowione (cyt.) »W kolumnie „Wartość netto zamówienia za 48 m-cy (zł)” należy wpisać iloczyn ceny jednostkowej netto i powierzchni«. Natomiast oferta Skarżącego została sporządzona na podstawie innego wzoru obliczenia ceny niż wymagał tego Zamawiający w Formularzu cenowym stanowiącym załącznik do specyfikacji. Ponadto Odwołujący stwierdził wielokrotnie na piśmie i w wypowiedziach podczas rozprawy, że wypełnienie formularza cenowego nie jest wynikiem błędu, a jest skutkiem zastosowania się do wskazań wynikających z całej treści specyfikacji. Z kolei na rozprawie Odwołujący podkreślił, że jego oferta została sporządzona rzetelnie, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, logiką i obliczeniami arytmetycznymi, zaś takie postępowanie jest - jego zdaniem - zgodne z intencjami i całkowitą treścią specyfikacji oraz modyfikacji specyfikacji. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej Odwołujący nie wykazał, zgodnie z którym postanowieniem specyfikacji tak postępował. W tej sytuacji, tj. do świadomego wstawienia w Formularzu cenowym liczb, Zamawiający nie może zastosować przepisów art. 87 ust. 2 Pzp o poprawie omyłek i wobec tego zarzut naruszenia art. 89 ust. 6 Pzp przez niewłaściwe odrzucenie oferty nie zawierającej błędów nie może być uwzględniony.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający dokonał niewłaściwego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, a poza tym Zamawiający nie powoływał się na tę przesłankę. Ponadto Odwołujący nie dowiódł, że w postępowaniu Zamawiający dokonał zmiany specyfikacji po terminie składania ofert, dlatego zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp nie podlegał uwzględnieniu.

Zarzut wyboru oferty, której cena przewyższa ogłoszone przez otwarciem ofert środki, które Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia również nie został uwzględniony. KIO stwierdziła, że wybór oferty, której cena przewyższa ogłoszone przed otwarciem ofert środki, które Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie stanowi o przekroczeniu jakiegokolwiek przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, ani nie stanowi podstawy do unieważnienia postępowania. Zamawiając musi unieważnić postępowanie, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, o czym stanowi art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Odwołujący nie wykazał, że takie przekroczenie możliwości finansowych Zamawiającego w rozpatrywanym postępowaniu miało miejsce, ani nie wnosił o unieważnienie postępowania z tego powodu. Dlatego zarzut naruszenia niesprecyzowanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przez wybór oferty o cenie wyższej niż kwota ogłoszona przez Zamawiającego przed otwarciem ofert, zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp podlegał oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 92 Pzp ze względu na to, że Zamawiający nie opublikował „informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty na swojej stronie internetowej również nie został uwzględniony (art. 191 ust. 1a Pzp *a contrario*). Zdaniem KIO Odwołujący nie wykazał, że brak zamieszczenia miał istotny wpływ na wynik postępowania. Zainteresowani wykonawcy zostali o wyniku postępowania poinformowani indywidualnie. Skoro w rozpatrywanym przypadku Izba stwierdziła, że naruszenie przepisów ustawy nie

miało istotnego wpływu na wynik postępowania, to z mocy art. 191 ust. 1a Pzp *a contrario*

odwołanie w tym zakresie podlegało oddaleniu.

Pozostałe zarzuty Odwołującego sformułowane w odwołaniu nie podlegały - zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej - rozpoznaniu, gdyż nie były podnoszone w proteście. Dotyczy to zarzutów odnoszących się do żądania odrzucenia oferty Zakładu Sprzątnia Wnętrz MOP 83 Józef Jankowski spółka z o.o. w Elblągu oraz wykluczenia w/w wykonawcy, jak również odnosi się to do pozostawienia bez rozpoznania czynności Zamawiającego w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Zakład Sprzątnia Wnętrz MOP 83 Józef Jankowski spółka z o.o. w Elblągu, mimo zastosowania przez wykonawcę innego wzoru do obliczenia ceny niż wynikający ze specyfikacji, a nadto do pozostawienia bez rozpoznania braku porównywalności ofert złożonych w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika zamawiającego na podstawie złożonej faktury na kwotę 3.600 zł.

Na podstawie art. 194 ust. 1 w związku z art. 195 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zm.) wykonawca Konsorcjum firm: Zakład Technicznych Usług Komunalnych EKO-PLAN Piotr Świdziński w Słupsku i KING-SŁUPSK Spółka Cywilna Joanna Staniuk Sommer, Marcin Sommer w Słupsku zaskarżył w całości wyżej przedstawiony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1353/08.

Powyższemu orzeczeniu skarżący zarzucił:

1. naruszenie prawa materialnego, a mianowicie art. 191 ust. 1 lit. „a” w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz z art. 29 ust. 1 Pzp, które miało wpływ istotny na wynik postępowania poprzez niedopełnienie przez Zamawiającego obowiązku opisu przedmiotu

zamówienia w zakresie sposobu obliczenia ceny w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości;

2. naruszenie prawa materialnego, a mianowicie art. 191 ust. 1 lit. „a” w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, które miało istotny wpływ na wynik postępowania poprzez uznanie, iż w ustalonym stanie faktycznym należy zaniechać czynności poprawy omyłki polegającej na niezgodności oferty Skarżącego ze Specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodującej istotnych zmian w treści oferty;

3. naruszenie prawa materialnego, a mianowicie art. 191 ust. 1 lit. „a” w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, które miało istotny wpływ na wynik postępowania poprzez uznanie, iż zasadna jest czynność odrzucenia oferty Skarżącego jako zawierająca błędy w obliczeniu ceny;

4. błędne ustalenie, iż zarzuty dotyczące zaniechania przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia dokumentów żądanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez Zakład Sprzątnia Wnętrz MOP 83 Józef Jankowski spółka z o.o. z siedzibą w Elblągu nie były poprzedzone protestem i w konsekwencji naruszenie prawa materialnego, a mianowicie art. 191 ust. 1 lit. „a” w zw. z art. 187 ust. 4 pkt 2 Pzp oraz art. 26 ust. 3 i 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, które miało istotny wpływ na wynik postępowania poprzez zaniechanie dokonania przez Zamawiającego w/w czynności i w konsekwencji wybrania oferty w/w wykonawcy, który na dzień wyboru oferty najkorzystniejszej nie spełnia przedmiotowych wymagań i podlega wykluczeniu jako niespełniający warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp i tym samym zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę wykluczonego z

postępowania;

5. naruszenie prawa materialnego, a mianowicie art. 191 ust. 1 lit. „a” w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 91 Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania poprzez dokonanie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef Jankowski spółka z o.o. z siedzibą w Elblągu bez zachowania zasady porównywalności ofert i jednocześnie pominięcie faktu, iż dokonane przez Zamawiającego porównanie ofert było niezgodne z wzorem ustalonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który został ustalony przez skład KIO w zaskarżonym wyroku;

6. naruszenie prawa materialnego, a mianowicie art. 191 ust. 1 lit. „a” w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 91 Pzp w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i pkt 6 Pzp, które miało wpływ na

wynik postępowania poprzez dokonanie czynności wyboru oferty, na podstawie której dojdzie do zawarcia nieważnej umowy z mocy prawa, co bez względu na podniesione zarzuty winno być wzięte z urzędu.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o:

1. uchylenie zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej we wskazanym zakresie, tj. z wyjątkiem nakazu zawartego w pkt 2 podpunkt 4;
2. unieważnienie dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej szej;
3. nakazanie Zamawiającemu wezwania Zakładu Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef Jankowski spółka z o.o. z siedzibą w Elblągu do uzupełnienia dokumentów żądanych w toku postępowania, w tym w szczególności warunków dot. wymaganego doświadczenia;
4. unieważnienie dokonanej przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Skarżącego;
5. nakazanie Zamawiającemu poprawienia oferty Skarżącego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w sposób umożliwiający dokonanie porównywalności ofert;
6. w przypadku nieuwzględnienia żądania wskazanego w pkt 4 nakazanie Zamawiającemu poprawienia oferty Zakładu Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef Jankowski Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp w sposób umożliwiający dokonanie porównywalności ofert;
7. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Nadto skarżący wniósł o zasądzenie zwrotu kosztów procesu na rzecz Skarżącego z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego stosownie do norm przepisanych oraz kosztów udzielonego pełnomocnictwa w kwocie 51 zł.

W uzasadnieniu Skarżący podtrzymał wszelkie zarzuty i twierdzenia wniesione w proteście oraz odwołaniu i podnosił, że zaskarżony wyrok narusza interes prawny Skarżącego, o którym stanowi art. 179 Pzp, ponieważ z uwzględnieniem wniosków j/w w sytuacji nakazania Zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz poprawy omyłki pełnionej przez skarżącego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 znowelizowanej ustawy Pzp, oferta Skarżącego może zostać uznana za najkorzystniejszą pod względem ceny, która była jedynym kryterium w przedmiotowym postępowaniu, a zatem Skarżący może uzyskać przedmiotowe zamówienie lub mógł je

uzyskać, a w przypadku unieważnienia czynności wskazanych w pkt 3 i pkt 5 powyżej Skarżący wykaże, iż mógł uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Skarżący podnosił, że Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w

zakresie sposobu obliczenia ceny nie dopełnił obowiązku, do którego został zobligowany przez ustawodawcę w art. 29 ust. 1 Pzp. Zapisy Specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak i załączonego do niej Formularza cenowego, według którego należało dokonać kalkulacji ceny ofertowej zostały dokonane w sposób niejednoznaczny, wprowadzając wykonawców w błąd. W poz. 4 Formularza cenowego Zamawiający żądał podania cen za utrzymanie czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym, w wyjaśnieniach precyzując, iż „należy podać średnią arytmetyczną cenę jednostkową za 1 m dla ziny lekkiej, średniej i ciężkiej”, natomiast w kolumnie „Wartość netto zamówienia za 48 m-cy” należy wpisać „iloczyn ceny jednostkowej netto i powierzchni”. Natomiast w ust. 3 pkt IV Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót Zamawiający zaznaczył, iż utrzymanie czystości w okresie zimowym obejmuje okres od 1 listopada do 31 marca.

W oparciu o powyższe zapisy Skarżący przygotował ofertę cenową wpisując cenę jednostkową netto (zł/m/m-c) oraz dokonując kalkulacji wartości usługi w okresie zimowym za 20 m-cy. Zamawiający odrzucił ofertę Skarżącego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny, gdyż w kolumnie „Wartość netto zamówienia za okres 48 m-cy” żądał skalkulowania ceny za ten właśnie okres, czyli 48 m-cy, a nie jak twierdził Skarżący za 20 m-cy. Krajowa Izba Odwoławcza podtrzymała decyzję Zamawiającego o błędności obliczenia ceny Skarżącego oraz konieczności odrzucenia jego oferty, twierdząc, iż „została sporządzona na podstawie innego wzoru obliczenia ceny niż wymagał tego Zamawiający”.

Jednakże, zdaniem Skarżącego, zgodnie z wyżej przytoczonymi zapisami Formularza cenowego w kolumnie „Wartość netto zamówienia za 48 m-cy” powinno dokonać się wyliczenia ceny na podstawie wskazówek zamieszczonych pod tabelą, czyli jedynie jako iloczyn ceny jednostkowej netto i powierzchni, co zostało wskazane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przez KIO. Tym samym Izba odrzuciła twierdzenie Zamawiającego, jakoby żądał on w specyfikacji wskazania ceny skalkulowanej za okres 48 miesięcy, uznając je za bezzasadne w stosunku do zapisów wynikających z Formularza cenowego. Jednocześnie Izba w wyroku nie odniosła się do dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę: Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef Jankowski spółka z o.o. w Elblągu, której cena została skalkulowana również z naruszeniem dokonanej przez KIO wykładni zapisów specyfikacji i Formularza cenowego, jako iloczyn ceny jednostkowej netto, powierzchni oraz okresu 48 miesięcy, a nie jak wskazuje KIO jako iloczyn ceny jednostkowej netto i powierzchni. Zatem zaskarżone czynności naruszają art. 191 ust. 1 lit. „a” w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 91 Pzp poprzez dokonanie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef Jankowski spółka z o.o. w Elblągu bez zachowania zasady porównywalności ofert i dokonanie przez Zamawiającego porównania ofert niezgodne ze wzorem ustalonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który został ustalony przez skład KIO w zaskarżonym wyroku.

Nadto Skarżący, w sytuacji uznania przez KIO, że formularz cenowy został przez niego sporządzony niezgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stoi na stanowisku, iż dokonana przez niego kalkulacja ceny za realizację całego przedmiotu zamówienia, powinna zostać poprawiona, przyjmując jako stałe i niezmiennie zaoferowane ceny jednostkowe za poszczególne usługi utrzymania porządku i czystości. Zgodnie bowiem z art. 87 ust. 2 Pzp Zamawiający jest zobowiązany poprawić niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian treści oferty. Treścią oferty Skarżącego jest w tym przypadku zaoferowana cena jednostkowa za realizację usługi utrzymania czystości i porządku, natomiast dokonana w Formularzu cenowym kalkulacja ma jedynie charakter pomocniczy służący do porównania i oceny ofert, tym bardziej, iż zgodnie z zapisami zawartymi w § 4 projektu umowy rozliczenia między stronami oparte będą o ceny jednostkowe za 1 m² powierzchni.

Wyrok KIO o braku możliwości poprawienia omyłki zawartej w ofercie Skarżącego narusza, zdaniem Skarżącego, zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust.

1 pkt 6 i art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wobec zaniechania czynności uwzględnienia odwołania i

nakazania poprawy omyłki. W niniejszym przepisie jest mowa o obowiązku poprawy *innej omyłki*, polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją. Oczywiście jest, co stwierdza KIO, iż w okolicznościach dokonania wyboru oferty w przedmiotowym przetargu w dniu 24 października 2008 r. (tj. w dniu wejścia w życie nowelizacji z 4 września br.) do odrzucenia ofert i poprawy omyłki stosuje się przepisy w nowym brzmieniu nadanym w/w nowelizacją. Omyłka skarżącego, jak stwierdza KIO jest „omyłką świadomą”, co wyraźnie kwestionuje Skarżący. Niemniej jednak treść art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp mówi o wszystkich innych omyłkach niż *oczywiste*, w tym świadomych, nieświadomych i innych polegających na niezgodności ze specyfikacją. Nadto wskazać należy, iż świadomość Wykonawcy

wynikała z błędnego pojęcia przez niego sposobu sporządzenia oferty, a więc działanie to należy rozpatrywać w kategorii postępowania niecelowego. Ponadto z uwagi na sposób sformułowania w tym zakresie zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia błąd ten jako łatwy do popełnienia został przez Zamawiającego w sposób niezawiniony wywołany, co potwierdza - zdaniem Skarżącego - szereg wskazanych przez niego w uzasadnieniu skargi wyroków KIO. Zatem oczywiście jest, że błąd ten został popełniony nieświadomie wobec niezrozumienia zapisów siwz, a nielogicznym jest stwierdzenie, aby Wykonawca starając się o realizację zamówienia celowo i świadomie sporządził ofertę, która z powodu tego błędu podlegałaby odrzuceniu. Z powyższego wynika, iż Zamawiający winien dokonać poprawy wskazanej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w sposób umożliwiający dokonanie porównywalności ofert.

Skarżący argumentował dalej, że w wyniku zaniechania przez Zamawiającego czynności uznania błędu Skarżącego jako omyłki oraz dokonania jej poprawy w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Zamawiający dokonał czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty droższej od oferty Skarżącego o ok. 1.500.000 zł, skalkulowaną również w oparciu o inny wzór obliczenia ceny niż wskazała jednoznacznie Krajowa Izba Odwoławcza.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku zaniechała natomiast rozpoznania odwołania w zakresie dokonanego przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, przez co usankcjonowała dokonaną przez niego czynność z naruszeniem fundamentalnych zasad będących podstawą Prawa zamówień publicznych. Wykonawcy dokonując odmiennej interpretacji zapisów specyfikacji i Formularza cenowego w zakresie sposobu kalkulacji ceny, złożyli oferty nieporównywalne, opierając swoje wyliczenia na okresie 48 bądź 20 m-cy, co miało bezpośrednie przełożenie na uzyskaną ilość punktów według jedynego kryterium ceny. Ustawowym obowiązkiem Zamawiającego jest zapewnienie porównywalności ofert i przeprowadzenie postępowania zgodnie z zasadą równego traktowania.

Skarżący wskazał, iż przedmiotowe postępowanie na wykonanie usług utrzymania porządku w obiektach administracyjnych przez WAK Słupsk jest jednym z 15 postępowań realizowanych przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni w zakresie utrzymania czystości i porządku w kompleksach wojskowych. W każdym z postępowań Zamawiający określił taki sam sposób dokonania kalkulacji ceny przez wykonawców. W 11 z nich zostały skierowane odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące odrzucenia przez Zamawiającego ofert złożonych przez wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6

- ustawy Pzp. Wykonawcy biorący udział w przedmiotowych postępowaniach dokonali kalkulacji ceny realizacji usług z uwzględnieniem różnych okresów ich świadczenia w okresie zimowym (16, 20 lub 48 m-cy). Wydane wyroki dotyczą jednego (takiego samego) stanu faktycznego i w zakresie sposobu skalkulowania ceny w Formularzu cenowym wskazują na różne sposoby jego wypełnienia, w konsekwencji potwierdzają niejednoznaczność w tym zakresie zapisów specyfikacji i konieczność poprawienia omyłki w celu dokonania porównywalności ofert i tak:

- 1) w wyroku z dnia 21 listopada 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1246/08) dotyczącym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie porządku w obiektach administrowanych przez WAK 3 Babie Doły, Izba uwzględniła odwołanie i unieważniła postępowanie, stwierdzając iż z treści zapisów specyfikacji i Formularza cenowego nie wynika obowiązek uwzględnienia w kalkulacji ceny okresu 48 m-cy

realizacji usług, a powyższe powoduje nieporównywalność ofert, przy czym w tym postępowaniu Zamawiający nie mógł dokonać poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 bowiem odrzucenie oferty nastąpiło przed dniem wejścia w życie tego przepisu, tj. przed dniem 24 października 2008 roku,

2) w wyroku z dnia 25 listopada 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1280/08) dotyczącym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie porządku w obiektach administracyjnych przez WAK 1 KPW w Gdyni, Izba uwzględniła odwołanie, nakazując Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny oferty Odwołującego z uwzględnieniem treści art. 88 ust. 1 pkt. 2 lit. „a” ustawy Pzp; przy czym Zamawiający nie mógł dokonać poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 bowiem odrzucenie oferty nastąpiło przed dniem wejścia w życie tego przepisu, tj. przed dniem 24 października 2008 roku,

3) w wyroku z dnia 4 grudnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1345/08) dotyczącym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie porządku w obiektach administrowanych przez WAK Hel, Izba oddaliła odwołanie, stwierdzając, iż z treści zapisów specyfikacji i Formularza cenowego wynika obowiązek uwzględnienia w kalkulacji ceny okresu 48 m-cy realizacji usług, a jednocześnie wskazać należy, iż Zamawiający nie mógł dokonać poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 bowiem odrzucenie oferty nastąpiło przed dniem wejścia w życie tego przepisu, tj.) przed dniem 24 października 2008 roku,

4) w wyroku z dnia 5 grudnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1346/08) dotyczącym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie porządku w

obektach administracyjnych przez WAK w Pruszczu Gdańskim, Izba oddaliła odwołanie, stwierdzając iż z treści zapisów specyfikacji i Formularza cenowego wynika obowiązek uwzględnienia w kalkulacji ceny okresu 48 m-cy realizacji usług, niedochowanie powyższego stanowi natomiast błąd w obliczeniu ceny nie podlegający poprawie w myśl art. 88 Pzp; przy czym i tu Zamawiający nie mógł dokonać poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 bowiem unieważnienie postępowania nastąpiło przed dniem wejścia w życie tego przepisu, tj. przed dniem 24 października 2008 roku,

5) w wyroku z dnia 5 grudnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1352/08) dotyczącym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie porządku w obiektach administrowanych przez WAK Łębork, Izba uwzględniła odwołanie, nakazując unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem obowiązku poprawienia omyłki rachunkowej; przy czym Zamawiający nie mógł dokonać poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 bowiem odrzucenie oferty nastąpiło przed dniem wejścia w życie tego przepisu, tj. przed dniem 24 października 2008 roku,

6) w wyroku z dnia 9 grudnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1371/08) dotyczącym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie porządku w obiektach administrowanych przez WAK 2 Gdynia Witomino, Izba uwzględniła odwołanie, nakazując unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz ponowne dokonanie czynności i badania, oceny i wyboru oferty, z uwzględnieniem obowiązku poprawienia omyłki rachunkowej. Jednocześnie Izba wskazała, iż zaistniała omyłka, którą Zamawiający winien poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3. W ocenie Izby zaistniała omyłka polegała na niezgodności ofert formularza ofertowego poz. 4 (sytuacja analogiczna jak w zaskarżonym niniejszą skargą wyrokiem) i podanym literalnie sposobem wyliczenia ceny. Wobec faktu, iż treść oferty w tej pozycji stanowią wyłącznie stałe ceny jednostkowe, bowiem one stanowiły podstawę rozliczeń, nakazana czynność poprawienia tej omyłki nie ingeruje w treść oferty, albowiem podane w ofercie ceny jednostkowe Odwołującego w żaden sposób nie są kwestionowane. Ustawowym obowiązkiem Zamawiającego jest zawsze zapewnienie porównywalności ofert i prowadzenie postępowania z respektowaniem zasady równego traktowania wykonawcy, zatem koniecznym jest stosowanie tej samej reguły

obliczenia ceny w stosunku do wszystkich ofert.

Skarżący wniósł o przeprowadzenie dowodu z w/w wyroków oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także ofert złożonych w w/w postępowaniach.

Dodatkowo, w opinii Skarżącego Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów żądanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef Jankowski spółka z o.o. z siedzibą w Elblągu i w konsekwencji wybrania oferty w/w wykonawcy, który na dzień wyboru oferty najkorzystniejszej nie spełnia przedmiotowych wymagań i podlega wykluczeniu jako nie spełniający warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp i tym samym zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę wykluczonego z postępowania. Wobec faktu, iż Zamawiający zaniechał dokonania w/w czynności doszło do wyboru Wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnienie jednego z warunków udziału w postępowaniu, tj. wykazania się doświadczeniem w realizacji usług będących przedmiotem podmiotowego postępowania, zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w odwołaniu. Jednocześnie KIO błędnie ustaliła, iż przedmiotowe zarzuty nie były poprzedzone protestem, co w konsekwencji narusza art. 191 ust. 1 lit. „a” w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Skarżący wskazał, iż w proteście wskazał na zarzut odrzucenia oferty w/w wykonawcy jednocześnie żądając dokonania ponownej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a Zamawiający jak też KIO winni zbadać z urzędu wszystkie okoliczności faktyczne związane z w/w zarzutem, w tym dotyczące wskazanych referencji. Zdaniem Skarżącego w przypadku utrzymania zaskarżonych czynności dojdzie do zawarcia nieważnej umowy z mocy prawa, co bez względu na podniesione zarzuty winno być wzięte z urzędu.

Ponadto w piśmie procesowym z dn. 26 stycznia 2009 r. Skarżący podtrzymując wszystkie dotychczasowe zarzuty i wnioski wskazał, iż w dniu 7 stycznia 2009 roku Zamawiający zawarł z Zakładem Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef Jankowski spółka z o.o. w Elblągu umowę w sprawie zamówienia publicznego objętego niniejszą skargą. W związku z powyższym, wobec w/w nowego faktu, Skarżący wskazując na przepis art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp wniósł o unieważnienie czynności zawarcia przez Zamawiającego w/w umowy.

Dalej Skarżący wskazał, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w związku z zaistnieniem uzasadnionych podejrzeń naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, podjął procedurę wszczęcia postępowania wyjaśniającego celem kontroli o sprawdzenie zgodności przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy, przy czym wskazane powyżej postępowanie wyjaśniające wszczęto mimo odmowy wniesienia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych skargi na przedmiotowy wyrok. Skarżący wskazał, iż w dniu 11 grudnia 2008 r. wystąpił z wnioskiem do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wniesienie, w trybie art. 195 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, skargi na przedmiotowy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej. Uzasadniając wniosek Skarżący opierał się na faktycznie zaistniałych przesłankach, szeroko opisanych w skardze, a prowadzących w konsekwencji braku jednolitości stosowania przepisów o zamówieniach publicznych do naruszenia interesu Skarżącego oraz zachwiania ugruntowaną wykładnią prawa. Prezes UZP odmawiając złożenia skargi, umotywował swoją decyzję brakiem możliwości działania Prezesa w interesie konkretnego wykonawcy, przy czym wskazał jednoznacznie, iż w związku z zaistnieniem uzasadnionych podejrzeń naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, przekaże pismo do Departamentu Kontroli Doraźnej Urzędu Zamówień Publicznych z prośbą o rozważenie zasadności wszczęcia postępowania wyjaśniającego.

Skarżący, w kontekście otrzymanego pisma, podtrzymał w całości swoje zarzuty wobec wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w dalszym ciągu twierdząc, że Izba oddalając odwołanie Skarżącego, zaniechała ustosunkowania się do czynności Zamawiającego wyboru wykonawcy z naruszeniem fundamentalnych zasad, o które opierać winien się

system udzielenia zamówień publicznych - poszanowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dokonując interpretacji zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny za realizację zamówienia, uznała zasadność czynności zamawiającego odrzucenia oferty Skarżącego na podstawie art. 89 ust. 6 ustawy Pzp jako skalkulowanej w oparciu o inny wzór niż wymagał zamawiający. Według Izby z zapisów specyfikacji wynika obowiązek skalkulowania ceny jako iloczynu ceny jednostkowej netto i powierzchni, podczas gdy Skarżący, dokonując nadinterpretacji tychże zapisów dodatkowo pomnożył otrzymaną wielkość przez okres trwania sezonu zimowego - czyli 20 miesięcy. Dlatego niezrozumiałym pozostaje zdaniem skarżącego fakt, dlaczego, świetle ustalonych faktów, Izba nie zakwestionowała wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef Jankowski spółka z o.o. w Elblągu, opartej również o inną kalkulację niż wymagana zapisami specyfikacji. Wykonawca, w wyniku wykazanej w skardze niejednoznaczności zapisów specyfikacji w tym zakresie, dokonał kalkulacji ceny uwzględniając 48 - miesięczny okres trwania sezonu zimowego, a mimo tego Izba nie odniosła się do tego faktu. W konsekwencji doszło do sytuacji, gdzie zarówno Izba w wyroku, jak i Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w odmowie złożenia skargi na ów wyrok, usankcjonowali - zdaniem Skarżącego - czynność zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nieporównywalnych, przy czym nieporównywalność ta jest konsekwencją nieprecyzyjnego określenia sposobu kalkulacji ceny za realizację przedmiotowego zamówienia. Odrzucając ofertę Skarżącego na podstawie art. 89 ust. 6 ustawy Pzp Zamawiający dokonał, w opinii Skarżącego, czynności najgorszej z możliwych. Całą odpowiedzialność za, jakkolwiek by to rozpatrywać, swoje zaniedbania w zakresie przygotowania postępowania, sędował na wykonawców, w tym Skarżącego, którzy złożyli w konsekwencji nieporównywalne oferty. A przecież, w świetle art. 7 ustawy PzpP, to na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Precyzując niejasną, wprowadzającą w błąd wykonawców metodę kalkulacji ceny (co potwierdziła niejednoznaczna linia orzecznictwa KIO w przedmiotowej sprawie uwzględniona w skardze), zamawiający obarczył postępowanie nieusuwalną wadą przy czym jest to wada istotna, skutkująca złożeniem w postępowaniu nieporównywalnych ofert. Dlatego w opinii Skarżącego, z uwagi na powyższe, w przypadku nieuwzględnienia jego odwołania Skarżącego postępowanie przez KIO powinno zostać bezwzględnie unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp jako obarczone nieusuwalną wadą nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu, uniemożliwiającym zawarcie ważnej umowy.

Jako dowody powyższych twierdzeń Skarżący wskazał odpowiedź Departamentu Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 30 grudnia 2008 r. odmawiającą wniesienia skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 grudnia 2009 roku oraz pismo Skarżącego do Prezesa UZP z dnia 15 stycznia 2009 roku.

Na zakończenie, ustosunkowując się do twierdzenia Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień publicznych, braku możliwości rozpatrywania przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutów naruszenia przepisów w granicach wykraczających poza podniesione w proteście, Skarżący twierdził, iż Izba w przedmiotowym odwołaniu, wobec stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, powinna z urzędu odnieść się do niezgłoszonych zarzutów. Nie można bowiem z jednej strony ustalić poprawną wymaganą kalkulację ceny opartą o zapisy specyfikacji, z drugiej strony usankcjonować poprzez brak odniesienia, wybór oferty opartej na innym niż wymagany wzór. W państwie prawa nie może mieć miejsca sytuacja, gdzie skutek uchybienia wymogom formalnym ujęcia zarzutów w proteście, odchodzi się od ich rozpoznania, wydając jednocześnie aprobatę realizacji nieważnej w świetle prawa umowy.

Zamawiający wnosił o odrzucenie skargi i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego podnosząc, że Skarżący nie ma interesu prawnego we wniesieniu skargi, albowiem w dniu 06 stycznia 2009r., na jego wniosek, zostało mu zwrócone wadium, w związku z tym nie jest już uczestnikiem postępowania przetargowego. Potwierdził również, że po zwróceniu wadium została zawarta umowa pomiędzy Zamawiającym a Zakładem Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef Jankowski spółka z o.o. w Elblągu w sprawie zamówienia publicznego objętego niniejszą skargą.

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

Skarżący odnosząc się do wniosku Zamawiającego o odrzucenie skargi podniósł, iż nadal posiada interes prawny związany z w niesioną skargą albowiem w przypadku korzystnego rozstrzygnięcia jego skargi, ponownie wnieść stosowaną opłatę.

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 29 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 nie podziela stanowiska Zamawiającego co do braku uprawnienia po stronie Skarżącego do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci skargi do Sądu. Natomiast Sąd Okręgowy podziela stanowisko skarżącego, że odrzucenie jego oferty w podawanych przez Zamawiającego podstawach faktycznych i prawnych należy ocenić jako niewłaściwe.

W tym miejscu przypomnienia wymaga, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych wyróżniają trzy środki ochrony prawnej : protest, odwołanie i skargę do sądu. Zgodnie z art. 179 ustawy Pzp do wnoszenia środków ochrony prawnej w postaci protestu, odwołania i skargi uprawnieni są : wykonawcy, uczestnicy konkursu, inne osoby niż wymienione w pkt 1 i 2 art. 179, organizacje zrzeszające wykonawców wpisane na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej, prowadzoną przez Prezesa Urzędu. Do wnoszenia środka ochrony prawnej uprawniony jest również zamawiający, ale dotyczy to wyłącznie skargi. Skorzystanie ze środków ochrony jest możliwe (z wyłączeniem organizacji zrzeszających wykonawców wpisanych na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej, prowadzoną przez Prezesa Urzędu) tylko w sytuacji, gdy interes prawny wnoszącego środek ochrony prawnej w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Wadium to określona suma albo ustanowienie odpowiedniego zabezpieczenia jej zapłaty (por. art. 45 Pzp w zw. z art. 70 [4] k.c.). Wadium ma na celu zabezpieczenie interesów zamawiającego poprzez materialne zagwarantowanie podpisania umowy ze strony wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (por. art. 46

ust.5 pkt 1 Pzp).

Stosownie do przepisu art. 46 ust. 1 Pzp zamawiający zwraca niezwłocznie wadium, jeżeli:

- 1) upłynął termin związania ofertą;
- 2) zawarto umowę w sprawie zamówienia publicznego i wniesiono zabezpieczenie należytego wykonania tej umowy;
- 3) zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia, a protesty zostały ostatecznie rozstrzygnięte lub upłynął termin do ich wnoszenia.

Stosownie zaś do przepisu art. 46 ust. 2 Pzp z zastrzeżeniem ust. 4a, zamawiający zwraca niezwłocznie wadium, na wniosek wykonawcy:

- 1) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert;
- 2) który został wykluczony z postępowania;
- 3) którego oferta została odrzucona.

Zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawców, którym zwrócono wadium na podstawie ust. 2 pkt 2 i 3, jeżeli w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu unieważniono czynność wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty. Wykonawcy wnoszą wadium w terminie określonym przez zamawiającego (ust. 3 art. 46 Pzp).

Zwrot wadium przez zamawiającego wykonawcy następuje zatem :

- bez wniosku wykonawcy w przypadku zajścia okoliczności wymienionych w ust. 1 art. 46 Pzp,
- na wniosek wykonawcy złożony u zamawiającego w przypadku zajścia okoliczności wymienionych w ust. 2 art. 46 Pzp.

W obydwu przypadkach, po zajściu okoliczności uprawniających do żądania zwrotu wadium, zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, a więc w czasie niezbędnym dla dokonania czynności związanych ze zwrotem wadium bez zbędnej zwłoki.

W przypadku zwrotu wadium na wniosek wykonawcy, który został wykluczony z postępowania lub jego oferta została odrzucona, a w postępowaniu zostały złożone protesty, w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia których doszło do unieważnienia czynności wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty, zamawiający będzie miał obowiązek wezwania do ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę w określonym przez zamawiającego terminie. Przepis dodany nowelizacją z dnia 13 kwietnia 2007 r. budzi szereg wątpliwości. Po pierwsze do wejścia w życie nowelizacji wykonawca składający wniosek o zwrot wadium jednocześnie rezygnował z możliwości wniesienia protestu na czynności podjęte przez zamawiającego. Ten skutek złożenia wniosku nie wynika obecnie z przepisów ustawy - należy więc przyjąć, że możliwe będzie złożenie wniosku o zwrot wadium i wniesienie protestu lub przyłączenie się do postępowania protestacyjnego. Również postępowanie zamawiającego w przypadku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu w ten sposób, że unieważnione zostaną czynności wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty, będzie dostosowane do nowej normy. Przed podjęciem czynności ponownego badania i oceny ofert zamawiający będzie zobowiązany do wezwania do ponownego wniesienia wadium wykonawców, którym zostało ono zwrócone na ich wniosek. Niezbędne więc będzie wyznaczenie odpowiedniego terminu na wniesienie wadium, co oznacza, że zamawiający będzie musiał odroczyć czynności badania i oceny do upływu terminu na ponowne wniesienie wadium.

(por. Komentarz do art. 46 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski,

Odnosząc powyższe uwagi na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, że w sytuacji odrzucenia oferty przez Zamawiającego Skarżący uprawniony był na podstawie art. 46 ust. 2 pkt 3 Pzp do złożenia wniosku o zwrot wadium. Zdaniem Sądu Okręgowego zwrócenie wadium Skarżącemu przez Zamawiającego w żaden sposób nie pozbawiło Skarżącego uprawnienia do wniesienia skargi do Sądu i popierania jej przed Sądem.

Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 179 przewiduje możliwość skutecznego wnoszenia środków odwoławczych przez wykonawców, przy czym uzależnia te możliwość od jednoczesnego zaistnienia poniższych okoliczności:

1) naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy (przesłanką zasadności środków ochrony prawnej jest dokonanie czynności przez zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy albo zaniechanie czynności pomimo obowiązku jej dokonania wynikającego z ustawy. Na równi z naruszeniem przepisów ustawy należy traktować naruszenie przepisów wydanych na podstawie upoważnienia ustawowego);

2) powstanie uszczerbku w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia podmiotu

legitymowanego lub możliwość powstania uszczerbku w tym interesie (wskazać należy, iż ochronie podlega tylko interes prawny, nie zaś interes faktyczny. Interes prawny ma charakter obiektywny w tym sensie, że o jego istnieniu decydują pewne zasady, normy funkcjonujące w układzie odniesienia, w którym interes prawny ma być realizowany. (...)) Można przyjąć, że interes prawny to tyle, co interes obiektywny, tj. interes rzeczywiście istniejący w świetle obowiązujących norm, usprawiedliwiony, uzasadniony i słuszny, a nie wyłącznie dotyczący określonej sfery prawnej i wynikający z subiektywnego zapatrywania. Na gruncie prawa zamówień publicznych ustawodawca bezpośrednio wskazał, jaki przejaw interesu prawnego podmiotu legitymowanego podlega ochronie - chodzi o interes wyrażający się w możliwości uzyskania zamówienia.

3) zaistnienie związku przyczynowego pomiędzy wskazanym powyżej uszczerbkiem w

interesie prawnym wykonawcy (lub możliwością takiego uszczerbku) a naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Sądu Okręgowego należy stwierdzić, iż w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do Skarżącego zostały łącznie spełnione wszystkie trzy w/wym przesłanki. Czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Skarżącego narusza interes prawny tego właśnie Wykonawcy, tj. Konsorcjum firm: Zakład Technicznych Usług Komunalnych EKO-PLAN Piotr Świdziński w Słupsku i KING-SŁUPSK Spółka Cywilna Joanna Staniuk Sommer, Marcin Sommer w Słupsku, jak również została dokonana niezgodnie z prawem (o czym w dalszej części rozważań), a zatem środek odwoławczy w postaci skargi do Sądu wobec czynności Zamawiającego może odnieść oczekiwany skutek.

Wyjaśnienia również wymaga, że jednym z najpoważniejszych skutków materialnoprawnych wniesienia protestu jest zakaz zawarcia umowy. Trwa on aż do ostatecznego rozstrzygnięcia protestu (por. art. 182 ust. 1 Pzp). Skutek ten powstaje *ex lege* bez konieczności dokonywania jakiegokolwiek czynności przez zamawiającego. Umowa zawarta wbrew zakazowi wynikającemu z art. 182 ust. 1 dotknięta jest sankcją nieważności, która wynika bezpośrednio z art. 146 ust. 1 pkt 2 *in fine*.

Przepisy prawa zamówień publicznych normują moment ostatecznego rozstrzygnięcia protestu w ten sposób, że protest jest ostatecznie rozstrzygnięty:

1) jeżeli nie przysługuje odwołanie - wraz z rozstrzygnięciem przez zamawiającego protestu lub z upływem terminu na jego rozstrzygnięcie;

2) jeżeli nie wniesiono odwołania - z upływem terminu do wniesienia odwołania;

3) w przypadku wniesienia odwołania - z dniem wydania postanowienia kończącego

postępowanie odwoławcze albo wyroku Izby (art. 182 ust. 2 Pzp).

Zamawiający może złożyć do Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba rozpoznaje wniosek na posiedzeniu niejawnym, w drodze postanowienia, nie później niż w terminie 5 dni od dnia jego złożenia (art. 182 ust. 3 Pzp).

Przepis art. 186 ust. 2 stosuje się odpowiednio. Na postanowienie Izby, o którym mowa w ust. 3 art. 182 Pzp, nie przysługuje skarga.

Zmiana Prawa zamówień publicznych dokonana ustawą z dnia 04 września 2008r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r., nr 171, poz. 1058) przesunęła ciężar orzekania w sprawach dotyczących zamówień publicznych na Krajową Izbę Odwoławczą. Orzeczenie Izby jest bowiem ostatnią czynnością, której dokonanie powoduje, że protest uważa się za ostatecznie rozstrzygnięty, a tym samym może być zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Powyższa regulacja oznacza, że wniesienie skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej do sądu okręgowego, tak jak to miało miejsce w niniejszej sprawie, pozostaje bez wpływu na możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym konkretnym postępowaniu protest został ostatecznie rozstrzygnięty z dniem wydania wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą. W następstwie korzystnego dla Zamawiającego rozstrzygnięcia dokonanego przez Krajową Izbę Odwoławczą (wyrok KIO z dnia 9.XII.2008r., syg. akt KIO/UZP 1353/08) zamawiający podpisał umowę z wybranym przez siebie wykonawcą, tj. Zakładem Sprzątania Wnętrz Józef Jankowski „MOP 83” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Elblągu.

Zagadnienie dotyczące sytuacji, w której sąd okręgowy będzie orzekać w przedmiocie skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w momencie, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie już zawarta i wykonywana, a może nawet już wykonana, stało się przedmiotem analizy Sądu Najwyższego, który w uchwale z dnia 14 października 2005 r., III CZP 73/05 (OSNC 2006, nr 7-8, poz. 121) stwierdził, że zawarcie przez zamawiającego z wykonawcą umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przez sąd skargi na orzeczenie zespołu arbitrów, wydane po rozpoznaniu odwołania innego uczestnika przetargu, chyba że umowa została wykonana. Sąd Najwyższy uznał w tym orzeczeniu, że zawarcie przez zamawiającego umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego w trakcie postępowania ze skargi na wyrok zespołu arbitrów nie mieści się w żadnej z ustawowych kategorii przyczyn umorzenia postępowania. W doktrynie proponuje się zastosowanie rozszerzającej wykładni pojęcia "zbędności" wydania wyroku przez rozciągnięcie tego określenia także na przypadek zawarcia umowy przez zamawiającego. Takiemu rozwiązaniu sprzeciwiają się jednak ważne argumenty natury systemowej i celowościowej. Trzeba podkreślić, że wprowadzenie do systemu prawnego środka odwoławczego w postaci skargi na wyrok arbitrów do sądu powszechnego spowodowane było koniecznością dostosowania prawa polskiego do prawa unijnego. W dyrektywie Rady Wspólnot Europejskich 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. Urz. UE L 395 z 30 grudnia 1989 r., s. 33) zaleca się wprowadzenie kontroli sądowej w postępowaniu o zamówienia publiczne lub przez inny organ będący sądem lub trybunałem w znaczeniu art. 177 Traktatu i niezależny zarówno od zamawiającego, jak i organu odwoławczego. Stanowisko, że zawarcie w trakcie postępowania sądowego umowy na realizację zamówienia publicznego oznacza zbędność tego postępowania i umorzenie, czyniłoby tę kontrolę w dużym stopniu iluzoryczną. Jednocześnie pozbawiałoby uczestnika przetargu prawa do sądu zagwarantowanego w art. 45 Konstytucji, ograniczając je tylko do spraw o zamówienia przekraczające wartości wskazane w art. 182 ust. 2 pkt 2b.

(por. Komentarz do art. 198 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 07.223.1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III)

Sąd Okręgowy rozpoznający niniejszą skargę, w pełni aprobuje wyżej przedstawiony wywód Sądu Najwyższego, jak również w pełni podziela to stanowisko doktryny, zgodnie z którym brak podstaw do zastosowania rozszerzającej wykładni pojęcia "zbędności" wydania wyroku przez rozciągnięcie tego określenia także na przypadek zawarcia umowy przez zamawiającego.

Podkreślenia wymaga, że w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi sąd orzeka jedynie w sprawie objętej odwołaniem. W tym postępowaniu sąd nie orzeka ani o nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli w międzyczasie dojdzie do zawarcia umowy, ani o ewentualnym odszkodowaniu. Tak unieważnienie umowy zawartej w drodze przetargu, jak i odszkodowanie wymaga wytoczenia odrębnych powództw, aczkolwiek korzystne orzeczenie wydane w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi czyni pozycję powoda korzystniejszą (por. Komentarz do art. 198 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 07.223.1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III).

Odnosząc się zatem do wniosku Skarżącego, zawartego w piśmie procesowym z dnia 26 stycznia 2009r., o unieważnienie czynności zawarcia przez Zamawiającego z wybranym przez niego wykonawcą tj. Zakładem Sprzątania Wnętrz Józef Jankowski „MOP 83” spółka z o.o. w Elblągu umowy, stwierdzić należy, że *de facto* wniosek Skarżącego zmierzał w tym konkretnym postępowaniu do orzeczenia przez Sąd o nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego, do której zawarcia doszło w międzyczasie, a jak wyżej wskazano unieważnienie umowy zawartej w drodze przetargu, jak i odszkodowanie wymaga wytoczenia odrębnych powództw. Poza tym Sąd, tak jak i Izba, może orzekać wyłącznie granicach zarzutów podniesionych w proteście (art. 198 ust. 4 Pzp). Sąd nie może zatem wziąć pod uwagę zarzutów, które pojawiły się w skardze lub na rozprawie. W konsekwencji - wniosek Skarżącego, zawarty w piśmie procesowym z dnia 26 stycznia 2009r., o unieważnienie czynności zawarcia przez Zamawiającego z wybranym przez niego wykonawcą umowy, Sąd Okręgowy pozostawił bez rozpoznania.

Przechodząc do dalszych rozważań wskazać trzeba, że 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. Podana wartość zamówienia netto za 48 m-cy nie odpowiada iloczynowi powierzchni i ceny jednostkowej netto/m²/m-c oraz 48 miesięcy).

W złożonym proteście Konsorcjum firm: Zakład Technicznych Usług Komunalnych EKO-PLAN Piotr Świdziński w Słupsku i KING-SŁUPSK Spółka Cywilna Joanna Staniuk Sommer, Marcin Sommer w Słupsku zarzuciło naruszenie zasad udzielenia zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 91 i art. 92 ustawy. Protestujący podnosił, że Zamawiający bezpodstawnie odrzucił jego ofertę oraz dokonał wyboru oferty, która znacznie przekracza środki finansowe zamawiającego podane przez otwarciem ofert, w związku z czym zażądał powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Protestującego, jako nie podlegającej odrzuceniu oraz dokonanie wyboru oferty protestującego jako oferty najkorzystniejszej. Protestujący wskazywał, że Zamawiający bezpodstawnie powołał się na nieobowiązujące przepisy ustawy Pzp, w szczególności przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, gdyż od 24 października 2008 r. przepis ten ma nowe brzmienie. Ponadto Protestujący podnosił, że Zamawiający pomylił 48 miesięcy jako okres, który jest całkowicie okresem świadczenia usługi i wskazał go jako okres zimowy. Tymczasem okres zimowy ten powinien obejmować, zdaniem Protestującego, tylko 20 miesięcy (4 lata x 5 miesięcy zimowych w roku) i dotyczy utrzymania terenów utwardzonych. Zwracając uwagę na treść załączników nr 3 i 4 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Protestujący podkreślił także, że zasady, według których została obliczona cena za realizację zamówienia zostały wyjaśnione przez

Protestującego i są zgodne z wymogami Zamawiającego tj. obejmują wszystkie koszty świadczenia przedmiotowej usługi przez cały okres trwania umowy (48 miesięcy). Natomiast Zamawiający, odrzucając ofertę Protestującego, dokonuje innej interpretacji zasad obliczenia ceny za realizację zamówienia, aniżeli sam wskazał w SIWZ. Ocenianie ofert nie na podstawie specyfikacji jest także niezgodne z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Z powyższego wynika, że protestujący sprzeciwił się określonej czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu złożonej przez niego oferty i wprost wskazał tę czynność jako przedmiot protestu. W tej sytuacji Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązana była do zbadania, czy oferta Skarżącego 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.

Z kolei Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, iż zgodnie z treścią uwagi zawartej w przypisie do tabeli formularza cenowego, stanowiącego załącznik nr 3 do specyfikacji, zostało ustanowione (cyt.) *»W kolumnie „Wartość netto zamówienia za 48 m-cy (zł)” należy wpisać iloczyn ceny jednostkowej netto i powierzchni«*. Natomiast oferta Skarżącego została sporządzona na podstawie innego wzoru obliczenia ceny niż wymagał tego Zamawiający w Formularzu cenowym stanowiącym załącznik do specyfikacji. Ponadto Odwołujący stwierdził wielokrotnie na piśmie i w wypowiedziach podczas rozprawy, że wypełnienie formularza cenowego nie jest wynikiem błędu, a jest skutkiem zastosowania się do wskazań wynikających z całej treści specyfikacji. Z kolei na rozprawie Odwołujący podkreślił, że jego oferta została sporządzona rzetelnie, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, logiką i obliczeniami arytmetycznymi, zaś takie postępowanie jest - jego zdaniem - zgodne z intencjami i całkowitą treścią specyfikacji oraz modyfikacji specyfikacji. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej Odwołujący nie wykazał, zgodnie z którym postanowieniem specyfikacji tak postępował. W tej sytuacji, tj. do świadomego wstawienia w Formularzu cenowym liczb, Zamawiający nie może zastosować przepisów art. 87 ust. 2 Pzp o poprawie omyłek i wobec tego zarzut naruszenia art. 89 ust. 6 Pzp przez niewłaściwe odrzucenie oferty nie zawierającej błędów nie może być uwzględniony.

Zdaniem Sądu Okręgowego stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej nie zasługuje na aprobatę. 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 2008r. Zatem

Zamawiający dokonując wyboru oferty w przedmiotowym przetargu w dniu 24 października 2008 r. (tj. w dniu wejścia w życie nowelizacji z 4 września 2008r.) miał obowiązek zastosować przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym po nowelizacji. Tymczasem Zamawiający nie tylko, że powołał się na przepis art. 88 ustawy Pzp, który został uchylony, to również starał się narzucić niczym nie uzasadniony pogląd, iż odrzucił ofertę Konsorcjum w dniu 23 października 2008r.

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 cenowy (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 *de facto* 20 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 20 miesięcy w ciągu całego 48 miesięcznego okresu trwania umowy). Również sam Zamawiający do obliczenia szacunkowej wartości zamówienia dla okresu zimowego przyjął okres 20 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 w kalkulowane 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 20 miesięcznego okresu zimowego - podać cenę oferty za zimowe utrzymanie terenów utwardzonych za cały 48 miesięczny okres trwania umowy. Tym samym stwierdzić trzeba, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego był wadliwy (ograniczający konkurencję), gdyż zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w zakresie sposobu obliczenia ceny nie dopełnił obowiązku, do którego został zobligowany przez ustawodawcę w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

W tej sytuacji uznać należy, zdaniem Sądu Okręgowego, że Skarżący w sposób ' prawidłowy wypełnił pozycję 4 w kolumnie p.n „wartość netto zamówienia za 48 m-cy, zł” w tabeli stanowiącej załącznik nr 3 do oferty. Skarżący przygotował ofertę cenową wpisując cenę jednostkową netto (zł/m²/m-c) oraz dokonując kalkulacji wartości usługi w

okresie zimowym za 20 m-cy. Zaznaczyć trzeba, że Skarżący w dodanej przez siebie kolumnie 7 tabeli formularza cenowego (załącznik nr 3) wskazał liczbę miesięcy wykonywania usług w okresie realizacji zamówienia, wynikającą ze specyfikacji technicznej wykonania i odbioru usług (wg zał. Nr 4 do SIWZ), którą zastosowano w formularzu cenowym do wyliczenia wartości usług tj. dla :

1/ dla obiektów kubaturowych - 48 m-cy ,

2/ dla terenów zielonych - 48 m-cy,

3/ dla terenów utwardzonych poza zimą - 28 m-cy (od 1 kwietnia do 31 października = 7 m-cy x 4 lata)

4/ dla terenów utwardzonych w okresie zimowy - 20 m-cy (od 1 listopada do 31 marca = 5 m-cy x 4 lata).

W tej sytuacji, zdaniem Sądu Okręgowego, słusznie wywodzi Skarżący, iż dokonana przez niego kalkulacja ceny za realizację całego przedmiotu zamówienia, powinna zostać poprawiona, przyjmując jako stałe i niezmiennie zaoferowane ceny jednostkowe za poszczególne usługi utrzymania porządku i czystości. Natomiast podanie i przeniesienie przez Skarżącego do poz. 4 formularza ofertowego ceny brutto za 20 miesięcy, zamiast (brutto) iloczynu ceny jednostkowej netto i powierzchni za 1 m-c 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, KJO/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. (nie zaś w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jak sugerował Skarżący).

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. Trzeźniewska - 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 20 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.

Biorąc pod uwagę powyższe, stwierdzić należy, że Zamawiający jest zobowiązany - z poszanowaniem art. 7 Pzp, tj. zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz biorąc pod uwagę cel postępowania, czyli wybór oferty najkorzystniejszej, do dokonania w złożonych ofertach przeliczeń uwzględniających mnożenie cen jednostkowych i powierzchni w odniesieniu do terenów utwardzonych w okresie zimowym - przez 1 miesiąc. Podkreślenia przy tym wymaga, że słusznie podnosił Skarżący, iż skoro należało odrzucić twierdzenie Zamawiającego, jakoby żądał on w specyfikacji wskazania ceny skalkulowanej za okres 48 miesięcy, uznając je za bezzasadne w stosunku do zapisów wynikających z Formularza cenowego, to jednocześnie należy zwrócić uwagę, że wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, tj. Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef Jankowski spółka z o.o. w Elblągu, skalkulował

cenę jako iloczyn ceny jednostkowej netto, powierzchni oraz okresu 48 miesięcy, a nie jako iloczyn ceny jednostkowej netto i powierzchni. Tego wykonawcę również nie mogą obciążać niekorzystne skutki braku precyzji w formułowaniu wymagań Zamawiającego, a zatem w jego ofercie Zamawiający również powinien dokonać stosownych przeliczeń.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy stwierdził, iż podczas procedury zamówienia publicznego i wydania przez Krajową Izbę Odwoławczą zaskarżonego wyroku doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a mianowicie art. 191 ust. 1 lit. „a” Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 29 ust. 1 Pzp, art. 87 ust. 2 pkt 2 pkt Pzp, 89 ust. 1 pkt 6 pkt Pzp, art. 91 Pzp, skutkiem czego skarga Konsorcjum podlegała uwzględnieniu.

Chybionym jest natomiast zarzut Skarżącego, iż Krajowa Izba Odwoławcza błędnie ustaliła, że zarzuty dotyczące zaniechania przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia dokumentów żądanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez Zakład Sprzątań Wnętrz MOP 83 Józef Jankowski spółka z o.o. z siedzibą w Elblągu, w tym w szczególności warunków dot. wymaganego doświadczenia, nie były poprzedzone protestem. W ocenie Sądu Okręgowego, biorąc pod uwagę zarzuty, które były przedmiotem protestu stwierdzić należy, że protestujący w żaden sposób nie zarzucał, że w/w wykonawcy nie przedłożył stosownych dokumentów potwierdzających spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu oraz spełnienie przez oferowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego. Stąd też w postępowaniu przed Krajową

Izbą Odwoławczą nie doszło do naruszenia przepisów art. 191 ust. 1 lit. „a” w zw. z art. 187 ust. 4 pkt 2 Pzp oraz art. 26 ust. 3 i 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Wreszcie należy podkreślić, że konsekwencją zmian wprowadzonych ustawą z dnia 04 września 2008r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r., nr 171, poz. 1058), było pozbawienie Krajowej Izby Odwoławczej kompetencji w zakresie unieważnienia postępowania (por. art. 195 ust. 1- 5 Pzp. Dlatego też pozbawione podstaw jest twierdzenie Skarżącego zawarte w piśmie procesowym z dnia 26 stycznia 2009r. o możliwości unieważnienia postępowania przez KIO na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp jako obarczonego nieusuwalną wadą nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu, uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

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.