

WYROK
z dnia 20 grudnia 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2016 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 grudnia 2016 roku przez wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) DERSŁAW Sp. z o.o. (2) ELPOSERWIS Sp. z o.o. z siedzibą w Połańcu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego wykonawcę Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego - Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** na rzecz Zamawiającego **Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku** **4 454 zł 85 gr** (słownie: czterech tysięcy czterystu pięćdziesięciu czterech złotych 85/100 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę przed Izbą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

8 grudnia 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Usługa sprzątnia terenów zewnętrznych i powierzchni wewnątrz w budynku Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku przy ul. Wałowej” prowadzi Zamawiający: Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 146-264838 z dnia 30 lipca 2016 r.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów, które ma wpływ na wynik postępowania:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy: Konsorcjum Derśław Sp. z o.o. (Lider), Elposerwis Sp. z o.o. (Partner), dalej jako „konsorcjum Derśław” oraz oferty Wykonawcy: Konsorcjum Clar System SA (Lider), Clar Serwis Sp. z o.o. (Partner), Solcom-Bayard Sp. z o.o. (Partner), dlaej jako „konsorcjum Clar” - jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny;
- 3) art. 87 ust 1 ustawy Pzp poprzez umożliwienie przez Zamawiającego konsorcjum Derśław oraz konsorcjum Clar dokonanie korekty ceny, a dokładnie stawek jednostkowych w sposób nieuprawniony, co przyczyniło się do zmiany uprzednio złożonych oświadczeń woli wskazanych wyżej Wykonawców, zmieniając tym samym istotne warunki złożonych przez nich ofert;
- 4) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeliczenia ofert obydwu w/w Wykonawców według metodologii wskazanej przez Zamawiającego w specyfikacji oraz w odpowiedziach na pytania przy uwzględnieniu stawek jednostkowych zawartych w ich ofertach dla powierzchni wewnętrznych, co doprowadziłoby do stanu, iż ceny złożone w ofertach przez konsorcjum Derśław oraz konsorcjum Clar były by wyższe od ceny złożonej w ofercie Odwołującego;
- 5) art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o:

- 1) uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wybranego Wykonawcę;
- 2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp - oferty złożonej przez wybranego Wykonawcę: konsorcjum Derśław oraz oferty konsorcjum Clar - jako niezgodnej z treścią SIWZ oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny;
- 3) nakazanie dokonania przez Zamawiającego przeliczenia ofert obydwu w/w Wykonawców według stawek jednostkowych zawartych w ich ofertach dla powierzchni wewnętrznych w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ w razie uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego, będzie ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu podniesiono, że Odwołujący w dniu 28 listopada 2016 r. na podstawie przekazanego przez Zamawiającego zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej powziął informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący nie może zgodzić się z zasadnością takich czynności. W ocenie Odwołującego, czynność dokonana przez Zamawiającego jest bezpodstawną i nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym.

Odwołujący stwierdził, iż oferta wybranego Wykonawcy: konsorcjum Derśław oraz oferta konsorcjum Clar winny zostać odrzucone na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Odwołujący podkreślił, iż w postępowaniu mamy do czynienia nie z ceną ryczałtową ale z cenami jednostkowymi miesięcznie sprzątania (dotyczy terenów zewnętrznych), i cenami jednorazowego sprzątania (dotyczy powierzchni wewnętrznych pionowych i poziomych), za pomocą których Wykonawcy mieli dokonać wyliczenia wartości całkowitych realizacji zamówienia opisanego przez Zamawiającego w SIWZ.

Zgodnie z treścią Załącznika nr 3 do specyfikacji łączna cena oferty winna zostać obliczona na podstawie załącznika nr 3A1 (akapit str. 43 SIWZ) przy jednoczesnym doprecyzowaniu przez Zamawiającego, iż „¹ Załącznik nr 3A jest częścią oferty. Niewypełnienie załącznika jest równoznaczne z niezłożeniem przez wykonawcę wymaganej oferty co będzie skutkowało odrzuceniem oferty, gdyż jego treść nie będzie odpowiadała treści SIWZ (art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy PZP)”

Odwołujący zwrócił na to szczególną uwagę, gdyż właśnie prawidłowe zrozumienie treści Załącznika 3A oraz wskazanego w nim przez Zamawiającego sposobu obliczenia ceny, a co za tym idzie prawidłowe zróżnicowanie pomiędzy cenami jednostkowymi miesięcznie na terenach zewnętrznych a jednorazowymi za sprzątanie powierzchni

wewnętrzne jest kluczowe do zrozumienia błędu dokonanego przez Zamawiającego przy wyborze oferty najkorzystniejszej. Dokonanie bowiem przez Wykonawców wyliczenia wartości oferty w sposób inny niż jednoznacznie wskazany przez Zamawiającego w załączniku nr 3A, choćby tylko w jednym nieprawidłowo przyjętym elemencie kalkulacji ceny (przyjęcie stawki jednostkowej zamiast jednorazowej), przekłada się w sposób jednoznaczny na błąd w obliczeniu ceny (wyrok Sądu Najwyższego III CZP 52/11). Odwołujący wskazał, iż zgodnie z treścią wyroku KIO, sygn. akt KIO 460/16 niezgodność oferty z treścią SIWZ występuje w sytuacji, gdy treść zobowiązania ofertowego pozostaje merytorycznie niezgodna z wyartykułowanymi przez Zamawiającego zapisami w SIWZ.

Zapisy SIWZ wraz z Załącznikami: 3, 3A oraz 4 (projekt umowy § 4 ust 2) w zakresie sposobu obliczenia ceny łącznej były zarówno dla Odwołującego jak i Zamawiającego precyzyjne, jednoznaczne i nie budzące żadnych wątpliwości.

Jednoznaczna, precyzyjna oraz nie budząca wątpliwości była także treść Załącznika nr 3A w zakresie powierzchni wewnętrznej, w której Zamawiający do obliczenia ceny całkowitej wymagał podania przez Wykonawców cen za jednokrotne sprzątnięcie powierzchni pionowych i poziomych objętych usługą porządkową. Znajduje to potwierdzenie w odpowiedzi Zamawiającego z dnia 12 sierpnia 2016 r., w której to Zamawiający odsyła Wykonawców do krotności podanych w harmonogramie usługi. Wskazuje to w sposób jednoznaczny, iż każdy Wykonawca winien przyjąć, że wyliczenie wartości oferty na cały okres realizacji usługi dla powierzchni wewnętrznych następuje za pomocą cen jednorazowych a nie jednostkowych za miesiąc.

Zamawiający miał pełną świadomość różnic pomiędzy stawką jednorazową sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych (jako dowód Odwołujący wskazał na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień co do treści oferty) a stawką jednostkową za miesiąc sprzątnięcia powierzchni zewnętrznych, bowiem samodzielnie dokonał takiego właśnie podziału w Załączniku 3A. Zamawiający w tabeli w Załączniku 3A przy usłudze na terenie zewnętrznym - wyraźnie wskazał właśnie cenę jednostkową za miesiąc, zaś w przypadku rubryki dotyczącej terenu wewnętrznego nie zawarł takiej adnotacji.

Mając na uwadze powyższe argumenty uznać należy, iż SIWZ zawierała wystarczająco precyzyjny opis sposobu obliczenia ceny. Zgodnie z treścią wyroku KIO z dnia 16 maja 2013 r., sygn. akt KIO 990/13 błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia wynikających np. z nieprawidłowego ustalenia faktycznego stanu rzeczy. Zatem błąd w obliczeniu ceny oferty - jak słusznie podniósł sam Zamawiający - ma miejsce wówczas, gdy Wykonawca oblicza cenę oferty inaczej, niż zostało to ustalone przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp treść oferty musi odpowiadać SIWZ. Wykonawca zatem ma bezwzględny obowiązek przedstawić w ofercie zakres świadczenia, który jest

tożsame z wymaganiami Zamawiającego, zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia. W rezultacie za rażący błąd w obliczeniu ceny, w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy PZp, należy uznać dokonanie przez Wykonawcę kalkulacji ceny ofertowej, która nie uwzględnia sposobu wyliczenia ceny oferty narzuconego przez Zamawiającego.

Z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wynika, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: Zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, zawartym w SIWZ, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ — jest z nią zgodna. Art. 82 ust. 3 ustawy Pzp zastrzega przy tym formę pisemną pod rygorem nieważności dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast definicja oferty wynika z przepisu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego. Nie budzi również wątpliwości, iż z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny, za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. Nadto, jeżeli oprócz potwierdzenia ogólnym oświadczeniem zgodności z opisem Zamawiającego, wymagana jest konkretyzacja przedmiotu oferty pozwalająca na jego jednoznaczną identyfikację przez wskazanie konkretnych parametrów usługi, nazwy, modelu, typu itp. - porównanie tak sprecyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia, zawartego w SIWZ, przesądza o ich wzajemnej zgodności.

Wezwanie przez Zamawiającego w dniu 20.10.2016 r. Wykonawcy: konsorcjum Derśław oraz konsorcjum Clar do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty potwierdza, iż Zamawiający dokładnie w taki sam sposób jak Odwołujący rozumiał treść Załącznika 3A, a tym samym różnicę w cenie jednostkowej za miesiąc sprzątnięcia powierzchni zewnętrznych i cenę za jednorazowe sprzątnięcie powierzchni pionowej i poziomej powierzchni wewnętrznej. Sam bowiem Zamawiający w piśmie skierowanym do konsorcjum Clar wzywa do wyjaśnienia: *„na jakiej podstawie faktycznej Wykonawca dokonał wyliczenia ceny ofertowej, i tak np. dla wystawy stałej o powierzchni 5.019,52 m², co daje zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (6xw tygodniu) średnią powierzchnię do sprzątnięcia w miesiącu tj. 127.639,22 m². Przyjęta natomiast stawka netto dla sprzątnięcia wystawy stałej w wysokości 3,00 zł za 1m² netto przeliczona przez Zamawiającego zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wynosi 11.068.235,21zł brutto za okres trwania całej umowy dla tylko tego jednego elementu”*. Treść tożsama została skierowana przez Zamawiającego do konsorcjum

Derślaw, gdzie przy stawce jednostkowej dla sprzątnia wystawy stałej w wysokości 1,78 zł netto, cena brutto za sprzątnie tego tylko jednego elementu wniosła 6.567.152,89 zł. Przytoczone słowa Zamawiającego w sposób jednoznaczny potwierdzają, że stawka za sprzątnie powierzchni wewnętrznych pionowych i poziomych jest stawką jednorazowego ich sprzątnięcia i tak właśnie rozumiał to Zamawiający, a dokonanie innego wyliczenia jest błędem w obliczeniu ceny. Zatem Odwołujący nie potrafi zrozumieć, i nie może przyjąć jako prawidłowy stan faktyczny, zaniechań Zamawiającego, polegających na braku ponownego przeliczenia cen łącznych wg stawek za jednokrotne sprzątnie powierzchni wewnętrznych w ofertach złożonych przez Wykonawców konsorcjum Clar oraz konsorcjum Derślaw.

Oczywistym jest, iż wezwani do złożenia wyjaśnień Wykonawcy, nie przyznają się do popełnionego błędu w sposobie obliczenia ceny, a tym samym niezrozumieniu treści Załącznika 3A, tylko będą starali się (co też zrobili w złożonych przez siebie wyjaśnieniach) pokrętnie wytłumaczyć, iż to Zamawiający nieprawidłowo rozumiał treść Załącznika 3A, a cena jednorazowa w sumie nie jest ceną jednorazową tylko jednostkową miesięczną. Zamawiający nie powinien uznać złożonych wyjaśnień, bowiem w ten sposób dokonał zmiany oświadczenia woli obu firm oraz zmiany istotnych elementów oferty. W świetle art. 89 ust 1 ustawy Pzp powyższe działanie Zamawiającego jest niezgodne z prawem.

Odwołujący wskazał zatem, iż Zamawiający poprzez wyzwanie do złożenia wyjaśnień co do treści oferty nadużył tej instytucji, a skierowane przez niego wezwania doprowadziły do faktycznej zmiany stawek jednorazowych podanych przez Wykonawców. W żadnym przypadku w treści Załącznika 3A nie możemy mówić o dowolności w sposobie obliczania ceny, a firmy z tak długim doświadczeniem w branży usług porządkowo - czystościowych doskonale wiedzą jaka jest różnica pomiędzy stawkami jednorazowego sprzątnia a stawkami jednostkowego sprzątnia miesięcznie.

Przy prawidłowym wyliczeniu cen jednorazowych za sprzątnie powierzchni wewnętrznej, ceny ofert wykonawców przedstawiałyby się w sposób następujący:

Konsorcjum Derślaw:

- wartość oferty wyliczona zgodnie z metodą Zamawiającego:

14 084 746,08 zł (Cena oferty netto) 17 309 138,75 zł (Cena oferty brutto)

- wartość przedstawiona w ofercie:

1 489 542,02 zł (Cena oferty netto) 1 816 365,57 zł (Cena oferty brutto)

Konsorcjum Clar

- wartość oferty wyliczona zgodnie z metodą Zamawiającego:

20 907 490,19 zł (Cena oferty netto) 25 688 288,40 zł (Cena oferty brutto)

- wartość przedstawiona w ofercie

1 652 492,83 zł (Cena oferty netto) 2 004 561,35 zł (Cena oferty brutto)

Niezależnie od powyższego, z wyjaśnień wyżej wymienionych Wykonawców, którzy zajęli pierwsze i drugie miejsce w rankingu ofert - złożonych w trakcie postępowania - wynika, że wyczyli oni wartość usługi właśnie w oparciu o ceny jednostkowe na miesiąc dla terenu wewnętrznego, a nie jednorazowo. W świetle złożonych ofert przez tych Wykonawców — nie ma podstaw do akceptacji takiego stanowiska. Z analizy treści ich ofert nie wynika w żaden sposób, że Wykonawcy dokonali kalkulacji ceny ofertowej właśnie w taki sposób, jak obecnie - już po otwarciu ofert - przedstawiają w złożonych wyjaśnieniach.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, iż na podstawie cen jednostkowych, które zostały zawarte w ofertach tych Wykonawców - w formularzach cenowych - Zamawiający winien w takiej sytuacji, w przypadku uznania, iż zachodzi podstawa do zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przeliczyć ceny oferty brutto wykonawców, zakwestionowane przez Odwołującego, według tego samego algorytmu — jednolitego dla wszystkich Wykonawców, czego w postępowaniu zaniechał.

Odwołujący wskazał także, iż zgodnie z treścią uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/1 oraz III CZP 53/11) obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie oceny poprawności przedstawionych przez Wykonawców cen, a o porównywalności ofert w zakresie zaproponowanej ceny można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zastosowaniem tych samych reguł. Odwołujący wskazuje zatem, iż ustawowy obowiązek Zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny zakłada wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji pomiędzy Wykonawcami.

Wobec powyższego Odwołujący wnosil jak na wstępie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Na wstępie ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez

Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, w tym zaniechanie wykonania czynności, do których był zobowiązany, może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej nieuzyskaniu zamówienia.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum **(1) DERSŁAW Sp. z o.o. (2) ELPOSERWIS Sp. z o.o. z siedzibą w Połańcu.**

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania całości. Na rozprawie Zamawiając potrzywał stanowisko wyrażone pisemnie. Przystępujący przyłączył się do stanowiska Zamawiającego.

Na podstawie zapisów SIWZ Izba ustaliła, że z rozdziału IX (**Opis sposobu obliczenia ceny oferty**) wynikały następujące obowiązki dla Wykonawców:

1. Na cenę oferty składa się cena brutto oferty i jakość usługi zamówienia dla przedmiotu zamówienia (wzór formularza oferty, stanowi załącznik nr 3 do SIWZ).
2. Dla potrzeb porównania ofert w postępowaniu każdy z wykonawców winien przyjąć że usługa będzie świadczona przez okres 23,5 miesięcy tj. od dnia 15.01.2017 roku do dnia 31.12.2018 roku.
3. Każdy z Wykonawców może zaproponować tylko jedną cenę i nie może jej zmienić. Nie prowadzi się negocjacji w sprawie ceny.
4. Łączna cena oferty (netto i brutto) musi być podana w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Ceny określone przez Wykonawcę obowiązują przez cały okres związania ofertą i będą wiążące dla zawieranej umowy – nie mogą ulec zwiększeniu.
5. Podana łączna cena brutto oferty powinna zawierać w sobie wszystkie elementy związane z prawidłową i terminową realizacją zamówienia w tym ewentualne upusty oferowane przez Wykonawcę.

Załącznik I do OPZ (powierzchnia wewnętrzna pozioma) zawierał opis czynności do wykonania z określeniem ich częstotliwości wykonywania, załącznik II (Rodzaje wewnętrznych powierzchni poziomych) zawierał opis rodzaju powierzchni z podaniem ilości tych powierzchni, załącznik III (Powierzchnia wewnętrzna pionowa) określał rodzaje powierzchni, opis czynności i częstotliwość ich wykonywania oraz podanie ilości powierzchni, załącznik nr VIII zawierał Harmonogram sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych.

W załączniku nr 3A do SIWZ wykonawcy mieli podać cenę jednostkową za 1m² za sprzątanie powierzchni wewnętrznych poziomych i pionowych, przy określonej ilości i rodzaju tych powierzchni.

W dniu 12 sierpnia 2016 roku Zamawiający udzielił odpowiedzi na następujące pytanie: „proszę o precyzyjne przedstawienie sposobu wyliczenia ceny dla całego okresu przedmiotu zamówienia na podstawie cen jednostkowych podawanych przez oferentów w formularzu cenowym załączniku 3A. Czy cena jednostkowa w załączniku 3A ma być ceną netto czy brutto? Wątpliwości wykonawcy budzi brak pełnej, jednoznacznej wiedzy ile razy naliczyć poszczególne wartości jednostkowe w celu wyliczenia całego przedmiotu zamówienia. W celu precyzyjnego i porównywalnego skalkulowania ceny brutto przedmiotu zamówienia proponowano uszczegółowienie załącznika 3A.”

Zamawiający stwierdził, że wszystkie ceny jednostkowe w załączniku 3A mają być cenami netto. Krotność naliczania poszczególnych wartości jednostkowych w celu precyzyjnego wyliczenia całego przedmiotu zamówienia wynika z tabeli zamieszczonych w załączniku nr 1 do SIWZ, dlatego też Zamawiający nie dokona zmian załącznika nr 3A.

Zamawiający w dniu 20 października 2016 roku wezwał wykonawców w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień jaka jest faktyczna podstawa wyliczenia ceny ofertowej zgodnej z opisem przedmiotu zamówienia. Przyjęta przez wykonawców stawka netto dla sprzątania wystawy stałej przeliczona przez Zamawiającego zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia przez okres trwania całej umowy tylko dla tego jednego elementu przekracza znacząco kwotę wyliczoną dla całej oferty przez wykonawców. Zamawiający w odpowiedziach na pytania wskazał, że sposób dokonania wyliczenia w załączniku 3A należy dokonać na podstawie tabel zamieszczonych w załączniku nr 1 do SIWZ stanowiącego OPZ. Naturalną konsekwencją prawidłowo wyliczonych stawek jednostkowych winna być cena brutto oferty wskazana w formularzu ofertowym, która powinna być identyczna jak kwota wynikająca z przemnożenia stawek jednostkowych zawartych w formularzu 3A przez ilość zamawianej usługi sprzątania zgodnie z treścią załącznika 3A.

Konsorcjum Derśław w wyjaśnieniach zaznaczyło, że cena ofertowa netto za 1m², która została wpisana w załączniku 3A jest ceną uwzględniającąrotność usługi w przeciągu miesiąca. Przeliczenie całkowite winno wyglądać następująco: cena jednostkowa netto za 1m² pomnożona przez powierzchnię podaną w m² (kolumna2 tabeli), daje nam wartość netto za 1 miesiąc, obejmującą danąrotność w miesiącu. Następnie mnożymy otrzymaną wartość netto w okresie realizacji umowy, która po dodaniu odpowiedniej stawki podatku VAT daje wartość brutto w okresie realizacji usług.

Konsorcjum Clar w złożonych wyjaśnieniach podało, że podane w ofercie stawki jednostkowe odnoszą się do sprzątnięcia 1m² powierzchni za miesiąc, a nie za dzień. Zamawiający podał poszczególne rodzaje powierzchni, jednak nie wskazał konkretnego sposobu wyliczenia łącznej ceny ofertowej poprzez określenie konkretnego algorytmu wyliczeń w zakresie stawki jednostkowej podanej w ofercie wykonawcy. Opis sposobu obliczenia ceny w rozdziale IX nic na ten temat nie wspomina.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść SWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ. Nie budzi również wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. Jednakże zakres wymaganej treści oferty ustala Zamawiający przez wskazanie w SIWZ elementów, z których ma się składać oświadczenie woli wykonawcy. Z tego względu w doktrynie i orzecznictwie ugruntowany jest również pogląd, że w zakresie zastosowania przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów (por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009).

Przy ocenie adekwatności treści oferty do wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ i innych dokumentach składających się na dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uwzględnia się również zawodowy charakter działalności wykonawcy i zwiększone w związku z tym oczekiwania, co do jego profesjonalizmu,

obejmującego znajomość przepisów prawa i warunków prowadzenia działalności, w tym realiów danego segmentu rynku.

Z zapisów SIWZ wynika, że Zamawiający zobligował wykonawców do wypełnienia załącznika 3A nie wskazując jednoznacznie, że do wyliczeń należy przyjąć cenę jednostkową za czynność sprzątnia rozumianą w sposób jednorazowy. W ocenie Izby możliwe było również przyjęcie założenia, że w załączniku tym można uwzględnić cenę za miesiąc wykonywanych usług jako cenę jednostkową.

Zapisy SIWZ budziły wątpliwości już w trakcie prowadzonego postępowania, przed terminem złożenia ofert. Wykonawcy w pytaniach zwracali uwagę, że wątpliwości wykonawcy budzi brak pełnej, jednoznacznej wiedzy ile razy naliczyć poszczególne wartości jednostkowe w celu wyliczenia całego przedmiotu zamówienia. W toku prowadzonego postępowania Zamawiający nie zdecydował się na bliższe wyjaśnienie rozumienia treści załącznika 3A w zakresie poszczególnych tabel, z których jedne uwzględniały jednostki przeliczeniowe, w innych natomiast tych jednostek nie ujęto. Wobec powyższego Zamawiający, po uzyskaniu od wykonawców dodatkowych wyjaśnień co do sposobu obliczenia ceny po złożeniu ofert, w ocenie Izby podjął prawidłową decyzję o dopuszczalnych dwóch sposobach wypełnienia załącznika, z których każdy jest prawidłowy i pozwala uzyskać dane niezbędne do rozliczenia umowy. Choć Zamawiający nie zaprzeczał na rozprawie, że jego intencją było uzyskanie tabeli wypełnionej w sposób opisany w odwołaniu przez Odwołującego, to z uwagi na niejednoznaczność postanowień SIWZ negatywnymi konsekwencjami nieprecyzyjnych zapisów nie mogą zostać obciążeni pozostali wykonawcy. Oznacza to, na co zwracało uwagę w złożonych wyjaśnieniach konsorcjum Clar, że możliwe było wskazanie stawki jednostkowej za 1m² sprzątnia powierzchni w rozliczeniu za miesiąc, a nie za jeden dzień. Podanie stawek miesięcznych nie zostało wprost zakazane, natomiast podanie stawek dziennych (jednego sprzątnia) nie zostało wprost nakazane. Dodatkowo zauważyć należy, że choć rozdział IX dotyczący sposobu obliczenia ceny odwoływał się do załącznika nr 3, to odesłanie to było ogólne. Same zaś zapisy Rozdziału IX wskazywały, że do porównania ofert brana będzie pod uwagę jedynie całkowita cena brutto oferty za 23,5 miesiąca świadczenia usługi.

To do obowiązków Zamawiającego należy określenie w sposób precyzyjny i jednoznaczny jak należy obliczyć cenę oferty, jakie składowe mają stanowić cenę danej oferty, jakie jednostki przeliczeniowe i jakie krotności należy przyjąć do działań matematycznych. W ocenie składu orzekającego Izby w przedmiotowym postępowaniu tej precyzji w opisie w Rozdziale IX SIWZ zabrakło. Chcąc uczynić zadość zasadom równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, Zamawiający musiał uznać oba sposoby za dopuszczalne. Obaż zaś wykonawcy wezwani do złożenia wyjaśnień wskazali w jaki sposób

można dokonać prostego przeliczenia celem uzyskania ceny jednostkowej za czynności sprzątnia. Oferty nie zawierały zatem błędów matematycznych, czy też innych błędów, które usprawiedliwiały zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie zachodziły więc podstawy do ich odrzucenia. Izba nie podziela obaw Odwołującego, że niemożliwe będzie rozliczenie umowy w sposób określony w § 4 ust. 2 umowy. Zamawiający w sposób określony w wyjaśnieniach będzie mógł dokonać przeliczenia, aby uzyskać ceny jednostkowe.

Tym samym Izba nie dopatrzyła się w ofertach konsorcjum Derślaw i konsorcjum Clar niezgodności treści tych ofert z zapisami SIWZ oraz błędów w obliczeniu ceny. Złożone przez Wykonawców dodatkowe wyjaśnienia nie stały w sprzeczności zarówno z treścią oferty, jak też treścią SIWZ. W ocenie Izby wystosowanie wezwania i złożone wyjaśnienia nie miały charakteru negocjacyjnego i nie doprowadziły do niedozwolonej zmiany treści oferty. Wykonawcy dokonali kalkulacji ceny ofertowej przy uwzględnieniu jednej z dwóch dopuszczalnych interpretacji zapisów SIWZ co do sposobu obliczenia ceny.

Z tych powodów odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W świetle prawidłowego zastosowania przepisów ustawy Pzp odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, przyznając koszty postępowania Stronie Zamawiającej.

Przewodniczący:

.....