

WYROK
z dnia 12 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 kwietnia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 30 marca 2011 r. przez **Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta „EKO SERWIS” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 99-300 Kutno, ul. Łąkoszyńska 127** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego, którym jest: **Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w Łodzi, 90-431 Łódź, ul. Zamenhofska 2**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Oczyszczania Miasta „EKO SERWIS” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty.**
2. Kosztami postępowania obciąża: **Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w Łodzi**, i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty postępowania odwoławczego w wysokości w **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) – kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta „EKO SERWIS” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie.**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **11100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w Łodzi** na rzecz

Przedsiębiorstwa Oczyszczania Miasta „EKO SERWIS” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie, stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione przez stronę z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w Łodzi – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na usługę „wywozu nieczystości stałych (odpadów komunalnych niesegregowanych i segregowanych) oraz w odbiór odpadów (w tym odpadów niebezpiecznych) i przejęcie obowiązku gospodarowania tymi odpadami” (nr sprawy: 210000/370/1/2011/TG/NA-1).

25 marca 2011 r. (pismem datowanym na 24 marca 2011 r.) Zamawiający przekazał drogą faksową Odwołującemu – Przedsiębiorstwu Oczyszczania Miasta „EKO SERWIS” spółce z o.o. z siedzibą w Kutnie, zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w częściach: I, II, III, IV i VI, podając następujące uzasadnienie faktyczne i prawne swojej decyzji:

„W Formularzu ofertowym, w pkt 1A w tabeli dotyczącej kosztów wywozu, Wykonawca wpisał 0 w poz. 2 i 5 dla odpadów segregowanych (w rubryce cena brutto wywozu 1 m³ nieczystości stałych w zł) oraz 0 we wszystkich pozycjach tabeli dotyczącej kosztów dzierżawy pojemników na odpady. Tymczasem z przypisów dolnych w Formularzu ofertowym wynika, że: *W przypadku, gdy system rozliczeniowy Wykonawcy jest tak skonstruowany, że wszystkie koszty związane z wywozem danego rodzaju odpadów są uwzględniane w koszcie dzierżawy pojemnika(-ów) na dany rodzaj odpadów, Wykonawca może w tabeli dotyczącej kosztów wywozu odpadów wpisać „0 zł”, wyceniając odpowiednio jedynie koszt dzierżawy pojemnika(-ów) na dany rodzaj odpadów. Jeżeli system rozliczeniowy Wykonawcy przewiduje naliczanie kosztów dzierżawy pojemników 1,1 m³ na dany rodzaj odpadów, Wykonawca może wypełnić odnoszącą się do niego tabelę. Jeśli Wykonawca nie zamierza naliczać kosztów dzierżawy, tabeli tej może nie wypełniać, wyceniając odpowiednio jedynie koszt wywozu odpadów.*

Ponadto w świetle § 4 ust. 3 Wzoru umowy dla Pakietu I-VI przewidziano następujący zapis: *ww. zapis: Z tytułu realizacji niniejszej umowy Wykonawca, za każdy miesiąc kalendarzowy, będzie otrzymywał wynagrodzenie, na które składają się koszty wycenione przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym tj. koszty wywozu odpadów (wysokość wynagrodzenia z tego tytułu będzie wyliczona w oparciu o rzeczywistą ilość wywiezionych nieczystości stałych wyszczególnionych w kwicie „potwierdzenia wywozu”, o którym mowa w § 3 ust. 4 i cen jednostkowych wywozu nieczystości stałych), i/lub koszt dzierżawy pojemników.*

W świetle ww. zapisów wykluczona została możliwość zaoferowania przez Wykonawców obu cen jednostkowych w wysokości 0 zł (dotyczących wywozu odpadów segregowanych i dzierżawy pojemnika na odpady segregowane), gdyż przynajmniej jedna z tych cen winna stanowić wartość większą od zera. Jednocześnie 0 nie stanowi ceny w myśl art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.), gdyż cena jest rozumiana jako wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest zobowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę wraz z podatkiem VAT. Tym samym oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 uPzp, gdyż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ”.

30 marca 2011 r. (pismem z 30 marca 2011 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyżej opisanej czynności Zamawiającego (oraz wyboru oferty najkorzystniejszej) w zakresie części zamówienia: I, III, IV i VI, przekazując w tym samym dniu kopię odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił w odwołaniu Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp i wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Hndlowo-Usługowego „JUKO” w częściach: I, III, IV i VI.
2. Powtórzenia czynności ponownej oceny oferty i wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w częściach: I, III, IV i VI.

Odwołujący wskazał między innymi następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Zamawiający wskazał jako podstawę odrzucenia oferty wpisanie przez Odwołującego w formularzu oferty wartości w wysokości „0 zł” dla cen wywozu odpadów segregowanych stanowiących składowe kosztów wywozu odpadów oraz dla cen dzierżawy pojemników na odpady segregowane stanowiących składowe całkowitego kosztu dzierżawy pojemników w Pakietach I, III, IV oraz VI. Zamawiający niesłusznie uznał, iż zastosowanie przez Odwołującego ceny „0 zł” w stosunku do niektórych usług stanowiących składowe oferty stoi w sprzeczności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (zwaną dalej w skrócie „s.i.w.z.”).

S.i.w.z. nie określa wymogu aby ceny poszczególnych usług cząstkowych wchodzących w skład oferty musiały być większe od „0 zł”. W pkt. 10 s.i.w.z. określone zostało jedynie, iż dla celów porównania złożonych ofert Odwołujący zobowiązany jest wyliczyć cenę oferty dla poszczególnych pakietów, co odwołujący uczynił, a kwoty „0 zł” zostały wpisane tylko jako ceny składowe usług wchodzących w zakres zamówienia w

poszczególnych pakietach. Zatem dla wyboru oferty znacznie ma łączna cena oferty (w danym pakiecie), a nie ceny poszczególnych usług wchodzących w jej skład. Oferta Odwołującego nie stoi w sprzeczności z s.i.w.z. w przedmiocie wysokości zaproponowanej ceny usług wywozu odpadów i dzierżawy pojemników jako składników ceny ryczałtowej na poszczególne pakiety. Cena za wykonanie zamówienia, jako suma cen poszczególnych usług spełnia kryteria podane przez zamawiającego w s.i.w.z. Przeciwnie twierdzenie można by było przyjąć tylko i wyłącznie gdyby Zamawiający w s.i.w.z. określił, że poszczególne elementy całkowitej ceny oferty nie mogą być ustalone na poziomie „0” (wyrok w sprawie KIO/UZP2645/10 z 21 grudnia 2010 roku).

W pkt. 10.4 s.i.w.z. Odwołujący został zobowiązany do uwzględnienia w cenie oferty ewentualnych rabatów, czego wyrazem było zastosowanie dla poszczególnych usług częściowej ceny po rabacie w wysokości 0 zł. Jest to praktyka powszechnie stosowana na rynku gospodarowania odpadami, gdzie umowy obejmują zwykle kilka usług, gdzie ceny niektórych z nich są w wyniku rabatu zredukowane do 0 zł. Przeciwnie zadanie prowadziłoby do konkluzji, iż zastosowanie przez Odwołującego rabatu zgodnie z postanowieniami s.i.w.z., przy uwzględnieniu rachunku ekonomicznego realizacji przedmiotu zamówienia, doprowadziło do odrzucenia jego oferty

Zamawiający powołuje się na zapis dolny w formularzu oferty, i twierdzi, iż kwota „0 zł” mogła zostać wpisana do oferty w odniesieniu do cen wywozu poszczególnych odpadów gdy koszt danej usługi został uwzględniony w koszcie dzierżawy pojemników, a gdy koszt dzierżawy pojemników został uwzględniony w koszcie wywozu odpadów, wykonawca mógł nie wypełniać tabeli koszt dzierżawy pojemników. Zamawiający w s.i.w.z. nie zabronił jednak aby koszt wywozu danych odpadów został uwzględniony w koszcie dzierżawy pojemnika na dany rodzaj odpadu, w tym przypadku w dzierżawie pojemników na odpady segregowane, który to z kolei koszt został uwzględniony w cenie pozostałych usług – dzierżawy pojemników na odpady niesegregowane. Błędny jest twierdzenie Zamawiającego, iż cena winna stanowić wartość większą od zera, ponieważ z brakiem ceny mielibyśmy do czynienia gdyby nie została wskazana żadna wartość liczbowa (wyrok w sprawie KIO/UZP 496/10 z 22 kwietnia 2010 roku).

Zaoferowane przez odwołującego ceny wywozu odpadów oraz dzierżawy pojemników w okresie obowiązywania umowy nie stanowią naruszenia s.i.w.z. oraz obowiązujących przepisów prawa. Odwołujący potraktował usługi z każdego pakietu oferty jako całości i w oparciu o to skalkulował ich opłacalność, przy czym wycenił ich wartość na poziomie zbliżonym do konkurencji o czym świadczy zestawienie ofert złożonych do poszczególnych pakietów.

8 kwietnia 2011 r. Zamawiający wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, której kopia została przekazana Odwołującemu na posiedzeniu przed Izba 12 kwietnia 2011 r. – wnosząc o oddalenie odwołania i podając następujące uzasadnienie swojego stanowiska ponad podtrzymaną argumentację zawartą w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego.

Dopuszczona w s.i.w.z. wariantowość przy wyliczaniu ceny oferty została wprowadzona w celu zwiększenia konkurencyjności postępowania i pozwalała na złożenie oferty przez Wykonawców, których systemy rozliczeniowe znacznie różnią się między sobą. Różnice te wyrażają się w tym, że niektórzy Wykonawcy specyfikują na fakturach wyłącznie koszty wywozu i nie wyodrębniają kosztów dzierżawy pojemników, inni Wykonawcy specyfikują na fakturach oprócz kosztów wywozu odpadów dodatkowo koszty dzierżawy pojemników. Są również tacy Wykonawcy, którzy za wywóz odpadów segregowanych nie pobierają opłaty, a naliczają jedynie opłatę za dzierżawę pojemników. Opisane różnice w systemach rozliczeniowych znajdują potwierdzenie w dokumentacji dotyczącej wyliczenia wartości zamówienia załączonej do wniosku o przeprowadzenie postępowania i zaważyły na wymogach s.i.w.z. co do sposobu przedstawienia ceny oferty. Na etapie ustalania wartości zamówienia żaden z Wykonawców nie sygnalizował, że odpady segregowane mogą być odbierane nieodpłatnie, w tym rozumieniu, że ani za wywóz, ani za dzierżawę pojemnika nie będzie pobierana żadna kwota (cena).

Dodatkowo w pkt 10.1. II części s.i.w.z. określono, że dla porównania złożonych ofert, Wykonawca zobowiązany jest wyliczyć cenę oferty w sposób podany dla wybranego przez siebie Pakietu w odpowiedniej tabeli(-ach) Formularza ofertowego (Załącznik Nr 1 do s.i.w.z.). W tabeli „Koszt wywozu odpadów”, zawartej w Formularzu ofertowym, przewidziano odrębne rubryki dla podania cen brutto wywozu 1 m³ nieczystości stałych na poszczególne rodzaje odpadów, przewidzianych w kol. 3 tabeli (z uwagi na to, że wymogi co do wywozu poszczególnych rodzajów odpadów, w tym częstotliwość ich wywozu, a także ceny wywozu poszczególnych rodzajów odpadów, przyjęte do ustalenia wartości zamówienia, znacznie różnią się między sobą). W tabeli „Koszt dzierżawy pojemników”, zawartej w Formularzu ofertowym, przewidziano rubrykę dla wpisania ceny brutto miesięcznej dzierżawy 1 pojemnika na odpady niesegregowane i rubrykę na wpisanie ceny brutto miesięcznej dzierżawy 1 pojemnika na odpady segregowane.

Odwołujący w ofercie złożonej w Pakietach III, IV i VI, w tabeli dotyczącej kosztów wywozu wpisał „0” w poz. 2 dla odpadów segregowanych (w kolumnie cena brutto wywozu 1 m³ nieczystości stałych w zł oraz w kolumnie wartość brutto <kol.5 x kol. 6> w zł) oraz „0” we wszystkich pozycjach tabeli dotyczącej kosztów dzierżawy pojemników na odpady (we wszystkich kolumnach tej tabeli, w tym cena brutto miesięcznej dzierżawy 1 pojemnika w zł),

a w ofercie złożonej w Pakiecie I, w tabeli dotyczącej kosztów wywozu, Odwołujący wpisał „0” w poz. 2 i 5 dla odpadów segregowanych (w kolumnie cena brutto wywozu 1 m³ nieczystości stałych w zł oraz w kolumnie wartość brutto <kol.5 x kol. 6> w zł) oraz „0” we wszystkich pozycjach tabeli dotyczącej kosztów dzierżawy pojemników na odpady (we wszystkich kolumnach tej tabeli, w tym cena brutto miesięcznej dzierżawy 1 pojemnika w zł).

W tym stanie faktycznym (wobec treści przypisów dolnych Formularza ofertowego), nie ulega wątpliwości, że Zamawiający dopuścił możliwość określenia ceny jednostkowej 0 zł za wywóz odpadów segregowanych jedynie pod warunkiem, że wyceniony zostanie koszt dzierżawy pojemnika na odpady segregowane. Gdyby Zamawiający dopuszczał określenie obu cen jednostkowych w wysokości „0 zł” (dotyczących wywozu odpadów i dzierżawy pojemnika na dany rodzaj odpadów), wyraźnie by o tym napisał, a nie posługiwał się pojęciem wyceny drugiego elementu.

Z faktu podania przez Odwołującego ceny jednostkowej 0 zł za wywóz odpadów segregowanych i 0 zł za dzierżawę pojemnika na odpady segregowane należy wnioskować, że Odwołujący nie wycenił wartości usługi związanej z odbiorem odpadów segregowanych. Nie zmienia tego nawet fakt, że Odwołujący wpisał we wszystkich pozycjach (nawet tych, gdzie cena jednostkowa została określona jako 0 zł) stawkę podatku VAT 8 %. W ocenie Zamawiającego oferta, w której wbrew wymaganiom SIWZ, nie została wyceniona wartość usługi związanej z odbiorem odpadów segregowanych, nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza, jedynie przez wzgląd na to, że jest tańsza. Wybór takiej oferty prowadziłby do nieuczciwej konkurencji między Wykonawcami. Wybór oferty z ceną jednostkową na poziomie 0 zł (za wywóz odpadów segregowanych i za dzierżawę pojemnika na odpady segregowane) spowodowałby, że Zamawiający nie zapłaci za wykonanie części usługi. Do podobnych wniosków doszła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 lutego 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1797/09, uznając, że *Wykonawca nie może pozostawić bez wyceny takich elementów zamówienia, których zamawiający wymagał (cen jednostkowych), a ponadto gdy miały one stanowić podstawę do wzajemnych rozliczeń stron, gdyż jest jednoznaczne z błędem w obliczeniu ceny i niezgodnością oferty z treścią SIWZ.*

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty jako podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego, wskazano art. 89 ust. 1 pkt 2 uPzp (niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia). Przywołanie w ww. zawiadomieniu przepisu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm) miało charakter pomocniczy i służyło wykazaniu, że cena co do zasady musi być wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest zobowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę wraz z podatkiem VAT.

W świetle postanowień § 4 ust. 3 Wzoru umowy dla Pakietu I-VI do rozliczeń z Wykonawcą (oprócz rzeczywistej ilości wywiezionych odpadów) konieczna jest co najmniej jedna z następujących wartości: (1) ceny jednostkowe wywozu nieczystości stałych (użyte pojęcie „cen jednostkowych” oznacza, że musi być przez Wykonawców określona więcej niż jedna cena jednostkowa i nie wystarcza np. cena za wywóz odpadów niesegregowanych), (2) koszt dzierżawy pojemników. Zgodnie z pkt. 15 II części s.i.w.z. Zamawiający wymagał, aby Wykonawca zawarł z nim umowę na warunkach zawartych w załączonym Wzorze. Sporządzenie oferty niezgodnie z wymaganiami s.i.w.z. niweczy możliwość zawarcia umowy na warunkach określonych w III części s.i.w.z. (Wzór umowy dla Pakietu I-VI).

Analiza treści § 4 ust. 3 Wzoru umowy dla Pakietu I-VI prowadzi do wniosku, że ceny jednostkowe podane przez Wykonawców w Formularzu ofertowym mają charakter rozliczeniowy tj. będą wpisywane na fakturach, a nie jedynie charakter kalkulacyjny tj. służący do wyliczenia ceny oferty. A skoro tak i skoro w rozliczeniach finansowych nie można stosować wartości 0 zł, bo nie istnieje taka jednostka pieniężna, słusznie postąpił Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego. Argumenty Odwołującego, że jego oferta nie stoi w sprzeczności z s.i.w.z. w przedmiocie wysokości zaproponowanej ceny usług wywozu odpadów i dzierżawy pojemników jako składników ceny ryczałtowej na poszczególne pakiety wydają się mocno chybione w świetle § 4 ust. 3 Wzoru umowy dla Pakietu I-VI. Wykonawca otrzyma bowiem wynagrodzenie miesięczne za faktycznie wykonany zakres usługi, potwierdzony w kwicie „potwierdzenia wywozu”, o którym mowa w § 3 ust. 4 Wzoru umowy dla Pakietu I-VI.

W ocenie Zamawiającego niezgodność oferty Odwołującego z wymaganiami s.i.w.z. nie a charakteru formalnego, lecz materialny, bo dotyczy cen jednostkowych, które stanowią podstawową wielkość, od której uzależnione jest ustalenie ceny oferty i wyliczenie miesięcznego wynagrodzenia Wykonawcy. Rozważając ten problem warto przywołać wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 czerwca 2008 r., sygn. akt: XII Ga 206/08, który stwierdził, że *Nie sposób zgodzić się także z argumentacją skarżącego, iż na tle stanu faktycznego tej konkretnej sprawy zaoferowanie stawki zero w pozycji kosztorysowej nie stanowi naruszenia ustawy o cenach. W świetle obowiązujących przepisów za cenę uważa się wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, a ceną jednostkową jest cena ustalona za jednostkę określonego towaru (usługi), którego ilość lub liczba jest wyrażona w jednostkach miar, w rozumieniu przepisów o miarach (art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 05 lipca 2001 r. o cenach, Dz. U. 01.97.1050), a zatem za cenę jednostkową w świetle powyższego nie można uznać wartości zero (nie istnieje taka jednostka pieniężna). W konsekwencji uznać trzeba, że Konsorcjum dokonało obliczenia ceny ogółem (ceny oferty brutto) bez uwzględnienia w niej ceny*

związanej z wykonaniem robót, o których mowa w pozycji 392 formularza kosztorysu ofertowego, a zatem w sposób niezgodny z merytorycznymi wymogami Zamawiającego w tym zakresie, określonymi w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także niezgodnie z przepisami ustawy o cenach .

Podobną argumentację można odnaleźć w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1622/09, KIO/UZP 1647/09: Izba uznała natomiast trafność zarzutu Canon Polska Sp. z o.o., iż niedopuszczalne było zaoferowanie ceny za szkolenie osób przeznaczonych do obsługi urządzenia w kwocie „ 0 ” (zero złotych) brutto. Mimo, że do porównania cen ofert, będą przyjmowane ceny całkowite podane w formularzu ofertowym, to należy mieć na uwadze, iż zarówno cena za dostawę i montaż urządzenia, jak i odrębnie wymagana cena za szkolenie, zgodnie z cytowanymi wcześniej postanowieniami zaakceptowanego wzoru umowy mają służyć do rozliczeń stron umowy w oparciu o wystawione faktury, (...). Zatem cena za szkolenia ma charakter ceny przyjmowanej do rozliczeń i jako taka stanowi istotną treść oferty, gdyż zawarta jest w umowie o realizację zamówienia, jako essentialia negotii. Ponadto należy mieć na uwadze, że zgodnie z art. 2 pkt 13 przez zamówienia publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane pomiędzy wykonawcą a zamawiającym między innymi na dostawy i usługi. (...). Bez wątpliwości polski system monetarny, nie przewiduje jednostek pieniężnych o nominale „0” (zero złotych). Cena powinna być wyrażona w złotych i w groszach. Gdyby zamawiający żądał jedynie skosztorysowania dostawy wraz z towarzyszącymi usługami, a wymagane byłoby wyłącznie podanie jednej ceny całkowitej, wówczas wykonawca mógłby w tak sporządzonym kosztorysie przyjąć jako element kalkulacyjny ceny oferty wartość „0” za szkolenia, ujmując rzeczywiste koszty ponoszone na dany zakres świadczenia w innym elemencie kalkulacji ceny oferty. (...). Z oczywistych względów Izba podziela pogląd, iż przeprowadzenie szkoleń, (...), wiąże się dla wykonawcy z ponoszeniem określonych kosztów, które możliwe były do wyliczenia i podania odrębnej ceny, jak wymagał zamawiający w dokumentacji przetargowej.

Do podobnych wniosków doszła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 listopada 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1396/09: „Zamówienie publiczne, obejmujące między innymi usługi, polega na zawarciu umowy odpłatnej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, o czym stanowi art. 2 pkt 13 p.z.p. koszt wykonania akcji zima, koszt wykonania wyspecyfikowanych czynności porządkowych, wykonywanych z określoną częstotliwością 2, 3 razy w roku, należy uznać za ceny jednostkowe netto za wymienione usługi, stanowiące istotny element oferty i służące do dokonywania rozliczeń. Zatem powinny one zostać podane stosownie do postanowień art. 2 pkt 1 p.z.p., odnoszącego się do definicji ceny, zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach z dnia 5 lipca 2001 r. (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.), gdzie za cenę przyjmuje się wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą

kupujący zobowiązany jest zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, wraz z podatkiem VAT. Funkcjonujące w obrocie pieniężnym środki płatnicze nie obejmują jednostek pieniężnych o nominale (0) zero. De facto, można założyć, iż odwołujący koszty związane z niewycenionym odrębnie zakresem usługi, skalkulowanym na „0” (zero) złotych, praktycznie wliczył z góry w swojej kalkulacji kosztów rozliczanych miesięcznie, za odrębne czynności, czego specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie dopuszczała .

W świetle faktu, iż Odwołujący podał cenę jednostkową 0 zł za wywóz odpadów segregowanych i 0 zł za dzierżawę pojemnika na odpady segregowane i niesegregowane, niezrozumiale jest twierdzenie Odwołującego, że „(...) koszt wywozu danych odpadów został uwzględniony w koszcie dzierżawy pojemnika na dany rodzaj odpadu, w tym przypadku, w dzierżawie pojemników na odpady segregowane, który to z kolei koszt został uwzględniony w cenie pozostałych usług - dzierżawy pojemników na odpady niesegregowane”.

Nie przekonuje też argument Odwołującego, że zastosował rabat w postaci redukcji ceny za niektóre usługi do kwoty 0 zł, bo w praktyce rynkowej nie spotyka się rabatu w wysokości 100 % ceny. Okoliczność, że inny Wykonawca - Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Łódź Sp. z o.o. w Pakiecie I i II postępowania, określił cenę jednostkową za wywóz odpadów segregowanych wpisując „bezpłatnie”, a za dzierżawę pojemnika na odpady segregowane i niesegregowane, wpisując „0,00”, nie świadczy jeszcze o praktyce powszechnie stosowanej na rynku gospodarowania odpadami, polegającej na nieodpłatnym odbiorze odpadów niesegregowanych, tym bardziej, że co innego wynika z informacji udzielonych przez Wykonawców na potrzeby wyliczenia wartości zamówienia, załączonych do wniosku o przeprowadzenie postępowania.

Odwołujący podnosi także w odwołaniu, że potraktował usługi z każdego pakietu oferty jako całości i w oparciu o to skalkulował ich opłacalność. Tymczasem z treści Formularza ofertowego, wynika, że inny był zamysł Zamawiającego. Gdyby Zamawiający chciał potraktować zamówienie jako całość, to nie wyodrębniłby poszczególnych rodzajów odpadów (na potrzeby wyceny i rozliczeń finansowych) oraz nakazałby jedynie podanie ceny całkowitej.

Skład orzekający Izby ustalił, iż Zamawiający dopełnił obowiązku wezwania pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał im kopię odwołania. Żaden z wezwanych wykonawców nie skorzystał z przysługującego mu uprawnienia do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Sygn. akt KIO 676/11

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna przesłanka skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i braku odmiennych wniosków Stron na posiedzeniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 25 lutego 2011 r. pod nr 30172-2011, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.zus.pl), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i wynosi dla wszystkich części zamówienia (pakiety od I do VII) 94.953,42 zł, co stanowi równowartość 24.733,90 euro.

Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną oferty (przyjętą w s.i.w.z. dla porównania ofert) w częściach zamówienia (nazywanych „pakietami”): I, III, IV i V, przy czym z postanowień pkt. 10 s.i.w.z. wynika, iż cena oferty stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

Skład orzekający Izby ustalił na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania, po pierwsze, iż przytoczone powyżej, zacytowane w uzasadnieniu odrzucenia oferty oraz odpowiedzi na odwołanie postanowienia s.i.w.z. odpowiadają rzeczywistemu ich brzmieniu. Po drugie, również opisany przez Zamawiającego stan faktyczny co do sposobu wypełnienia przez Odwołującego formularza oferty znajduje oparcie w rzeczywistości.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania, przekazanej również Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., protokołu postępowania oraz oferty Odwołującego.

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także przedstawione ustnie w toku rozprawy do protokołu, Izba zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 25 lutego 2011 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż w zakresie części zamówienia objętych zarzutami odwołania złożył ofertę z najniższą ceną, stanowiącą jedyne kryterium oceny złożonych ofert, co stwarza mu realną szansę na uzyskanie zamówienia. Jednocześnie bezpodstawne odrzucenie oferty przez Zamawiającego naraża Odwołującego na szkodę z powodu niezyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu w postępowaniu o wartości zamówienia poniżej tzw. progów unijnych (art. 180 ust. 2 pzp), Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważyła, iż z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem składu orzekającego Izby treść s.i.w.z. i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli: 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 s.i.w.z. przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Nie budzi również wątpliwości, iż z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca wykona świadczenie zamówione przez Zamawiającego. Wobec tego w niniejszej sprawie należy rozstrzygnąć, czy z treści oferty Odwołującego wynika zaoferowanie świadczenia nieodpowiadającego wymaganiom Zamawiającego określonym w merytorycznych postanowieniach s.i.w.z.

Izba zważyła w pierwszej kolejności, iż treść oferty Odwołującego (wypełniony formularz ofertowy) wskazuje, iż zaoferował on wykonanie świadczenia odpowiadającego zakresowi wymaganemu przez Zamawiającego – co oznacza, że dla wszystkich pakietów (I, III, IV i VI) zobowiązał się do wywozu odpadów niesegregowanych i segregowanych oraz dzierżawy pojemników na odpady niesegregowane i segregowane, a dla Pakietu I również do wywozu odpadów wielkogabarytowych. W szczególności w ocenie składu orzekającego Izby nie ma wątpliwości, iż wpisanie we wszystkich tych pakietach „0 zł” zarówno w tabeli kosztów wywozu odpadów, jak i tabeli kosztów dzierżawy pojemników, nie oznacza braku oferowania wywozu odpadów segregowanych, lecz zobowiązanie do uczynienia tego bezpłatnie. Nie oznacza to jednak zaoferowania bezpłatnego wykonywania usług objętych zakresem zamówienia, gdyż każdy z pakietów obejmuje również co najmniej wywóz odpadów niesegregowanych, dla których to elementów zamówienia Odwołujący wskazał ceny większe niż 0 zł.

Natomiast z postanowień ust. 3 i 4 § 4 wzoru umowy wynika, iż rozliczenie wykonywania usług będzie się odbywało w okresach miesięcznych w stosunku do wszystkich rodzajów odpadów. Wobec tego, iż w każdym pakiecie przewidywana ilość odpadów niesegregowanych jest znacznie większa niż odpadów segregowanych – w praktyce nie wystąpi sytuacja, której najwyraźniej obawia się Zamawiający, iż otrzyma fakturę VAT opiewającą na 0 zł. W ocenie składu orzekającego Izby tylko tą obawą można wytłumaczyć dążenie Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego. Z oświadczeń Zamawiającego wynika bowiem, iż przygotowując postępowanie dążył do uwzględnienia różnych „systemów rozliczeniowych” stosowanych przez usługodawców specjalizujących się wywozem odpadów, stąd dopuścił możliwość zaoferowania nieodpłatnego świadczenia, zarówno w stosunku do wywozu odpadów, jak i do dzierżawy pojemników na te odpady. Z przebiegu rozprawy wynika wręcz, iż gdyby Zamawiający miał świadomość, iż w stosunku do odpadów segregowanych istnieje możliwość uzyskania nieodpłatnie zarówno ich wywozu, jak i dzierżawy pojemników na nie przeznaczonych, to prawdopodobnie zaakceptowałby również taki system rozliczeniowy.

Należy zauważyć, iż wywóz odpadów i dzierżawa pojemników są świadczeniami o zupełnie odrębnym charakterze prawnym, niezależnie od tego, czy dotyczą tego samego rodzaju odpadów. Skoro Zamawiający zaakceptował możliwość bezpłatnej dzierżawy pojemników na odpady, to *de facto* dopuścił możliwość użyczenia tych pojemników przez wykonawcę usługi wywozu odpadów, gdyż dzierżawa (najem) według kodeksu cywilnego ma zawsze charakter odpłatny. Gdyby zamiast schematycznego trzymania się formułek formularza ofertowego, Zamawiający poddał wszechstronnej ocenie ofertę Odwołującego, doszedłby do wniosku, że nieuwzględniony w przypisach tego formularza „system

rozliczeniowy” Odwołującego, nie prowadzi do sprzeczności z treścią s.i.w.z., której założeniem było elastyczne uwzględnienie różnorodności tych systemów. Natomiast określenie ceny jednostkowej „0,00 zł” za niektóre ze świadczeń w żaden sposób nie uniemożliwia dokonywania między stronami wzajemnych rozliczeń na etapie rozliczeń umowy. Nadto z § 5 wzoru umowy wynika, iż nie utrudni to egzekwowania kar umownych, gdyż dla jej ustalenia punktem odniesienia jest „maksymalna wartość brutto przedmiotu umowy” czyli cena oferty w ramach danego pakietu, a nie cena jednostkowa lub wartość wskazana dla poszczególnych świadczeń objętych tym pakietem.

Skład orzekający Izby stwierdza, iż przywoływane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie wyroki są nieadekwatne w niniejszej sprawie gdyż albo dotyczą stanów faktycznych, w których zamawiający w s.i.w.z. wprost w ogóle nie dopuszczali możliwości wskazania ceny jednostkowej „0 zł”, albo stanów faktycznych, w których doszło do braku zaoferowania części zakresu przedmiotu zamówienia. Świadczą o tym fragmenty uzasadnień tych orzeczeń, co charakterystyczne, zwykle wypadające bezpośrednio przed lub po fragmentach przytoczonych, lub w miejscach opuszczonych przy cytowaniu przez Zamawiającego.

W uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 27 czerwca 2008 r. (sygn. akt XII Ga 206/08, bezpośrednio po fragmencie przytoczonym przez Zamawiającego, znajduje się fragment: *Dodać trzeba, że powołanie się przez skarżącego w zakresie tego zarzutu na wyrok KIO z dnia 07 stycznia 2008 r. w sprawie sygn. akt KIO/UZP 34/07, iż zaoferowanie stawki „0,00” zł w niektórych pozycjach oferty nie stanowi naruszenia przepisów ustawy PZP oraz ustawy o cenach nie znajduje uzasadnienia. Skarżący nie zauważa, że w okolicznościach faktycznych w/wym sprawy sam zamawiający w formularzu oferty dopuścił możliwość zastosowania stawki „0,00 zł” dla niektórych usług według wyboru wykonawcy.*

Natomiast w kolejnych trzech opuszczeniach w zacytowanym w odpowiedzi na odwołanie fragmencie uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 26 listopada 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1622/09, KIO/UZP 1647/09), znajdują się kolejno następujące zdania:

(...), po protokolarnym potwierdzeniu wykonania dostawy i osobno szkolenia. Za realizację usługi szkoleniowej w § 6 ust. 3 i 4 zamawiający przewidział odrębne wynagrodzenie podane w formularzu oferty, płatne na podstawie osobnej faktury, po protokolarnym stwierdzeniu wykonania usługi szkoleniowej.

(...)Zarówno odnośne postanowienia SIWZ, jak i postanowienia umowy przytaczane wyżej, mówią o cenie za szkolenia. Zatem z odesłania wynikającego z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp do art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.) wynika, że za cenę należy przyjmować, wartość jaką kupujący jest zobowiązany

zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, wyrażoną w jednostkach pieniężnych. W cenie uwzględnia się podatek VAT i podatek akcyzowy jeżeli sprzedaż lub usługa jest obciążona tym podatkiem.

(...) Zamawiający wyjaśnił, iż w sposób zamierzony wymagał podania odrębnej ceny za szkolenia, gdyż wynika to z odmiennych źródeł finansowania zakupu samego urządzenia oraz odmiennych środków przeznaczanych na przeprowadzanie szkoleń.

*Wreszcie w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 12 listopada 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1396/09), bezpośrednio przed fragmentem przytoczonym w odpowiedzi na odwołanie znajdują się następujące zdania: *Odwołujący w swojej ofercie nie podał cen jednostkowych łącznie dla 30 elementów usług składających się na przedmiot zamówienia. Ponadto oświadczenia odwołującego pozostają wewnątrznie sprzeczne, raz twierdził on bowiem, że skalkulował koszty wykonania czynności porządkowych, które będą wykonywane kilkakrotnie w ciągu roku oraz akcji zima, w cenie usług miesięcznych, gdyż tylko ten zakres usług oraz wywóz śmieci i usuwanie graffiti ujął w cenie całkowitej oferty. Z drugiej zaś strony odwołujący twierdził, iż w ogóle nie wycenił zakresu usług, wykonywanych kilka razy w roku, gdyż będzie je wykonywał nieodpłatnie za cenę „0” (zero) złotych. Natomiast bezpośrednio po fragmencie zacytowanym przez Zamawiającego w uzasadnieniu tym można przeczytać: *W przypadku niewywiązania się przez odwołującego z akcji zima, czy innych prac wykonywanych z częstotliwością oznaczoną w skali roku, z braku cen jednostkowych na przedmiotowe czynności, pomniejszenie wynagrodzenia wykonawcy, czy dokonywanie rozliczeń byłyby niemożliwe, a podjęcie się tych prac problematyczne, w świetle tak złożonej oferty. Pominięcie zakresu rzeczowego oferowanego świadczenia w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia, stanowi przede wszystkim o niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a nie o błędzie w obliczeniu ceny. W załącznikach: nr 1,1 oraz nr 1.2 w ofercie odwołującego nie wyceniono pozycji: akcja zima, mycia zadaszenia schodów ruchomych, świetlików, hal odpraw, sufitów podwieszanych, opraw lamp oświetleniowych, wykonywanych zgodnie ze specyfikacją techniczną dwa lub trzy razy w roku. Za niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy przyjąć brak zaoferowania wykonania wymienionego zakresu prac, a co za tym idzie pominięcia ich odrębnej wyceny jednostkowej.***

Wobec tego, iż w toku rozprawy nie był sporna między Stronami okoliczność obiektywnej możliwości bezpłatnego świadczenia usług dotyczących wywozu odpadów segregowanych, Izba nie wzięła pod uwagę dowodów złożonych przez Odwołującego na rozprawie jako zbędnych dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie.

Sygn. akt KIO 676/11

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych: art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła jak w sentencji.

Z uwagi na związanie Izby przepisem art. 180 ust. 2 ustawy pzp, Izba nie nakazała unieważnienia innych czynności dokonanych w postępowaniu oferty, jednak powinien tego dokonać Zamawiający, wykonując niniejszy wyrok. Izba wskazuje przy tym, iż unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego oznacza konieczność dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty w zakresie części zamówienia, które były objęte zarzutami odwołania. Izba jest związana zarzutami odwołania i nie może ingerować w prowadzenie postępowania przez Zamawiającego w zakresie części zamówienia, których odwołanie nie dotyczyło.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 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), obciążając Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktury VAT), ograniczając jego wysokość do 3600 zł – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....