

WYROK
z dnia 14 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Klaudia Szczytowska – Maziarz**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **IMPEL PROVIDER SECURITY PARTNER Sp. z o.o. Sp. k., IMPEL SECURITY POLSKA Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Gdyni – Gdyńskie Centrum Innowacji Jednostka Budżetowa, al. Zwycięstwa 96/98, 81-451 Gdynia**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **IMPEL PROVIDER SECURITY PARTNER Sp. z o.o. Sp. k., IMPEL SECURITY POLSKA Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**

i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **IMPEL PROVIDER SECURITY PARTNER Sp. z o.o. Sp. k., IMPEL SECURITY POLSKA Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **IMPEL PROVIDER SECURITY PARTNER Sp. z o.o. Sp. k., IMPEL SECURITY POLSKA Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** na rzecz **Gminy Miasta Gdyni – Gdyńskie Centrum Innowacji Jednostka Budżetowa, al. Zwycięstwa 96/98, 81-451 Gdynia** kwotę **4 218 zł 49 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście osiemnaście złotych czterdzieści dziewięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na *Usługę całodobowej fizycznej ochrony obiektów użytkowych, osób i mienia znajdujących się na terenie Pomorskiego Parku Naukowo Technologicznego Gdynia al. Zwycięstwa 96/98*, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Gminę Miasta Gdyni – Gdyńskie Centrum Innowacji Jednostka Budżetowa (dalej „zamawiający”) odwołanie złożyło konsorcjum w składzie Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp. k. oraz Impel Security Polska Sp. z o.o., zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) [dalej: ustawa Pzp]:

1. art. 7 ust. 1 i 3, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, poprzez wadliwe odrzucenie przez zamawiającego oferty złożonej przez odwołującego,
3. art. 91 ust. 1, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o

1. uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie zamawiającemu uchylenia czynności odrzucenia oferty odwołującego
3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego, w szczególności w razie potrzeby nakazanie zamawiającemu poprawienia omyłek nieistotnych w ofercie odwołującego oraz wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

W uzasadnieniu odwołanie odwołujący podał, że zdaniem zamawiający błędnie wypełnił formularz ofertowy i nie podał ceny ani wartości za cały parking podziemny, co stanowi o niezgodności treści oferty z SIWZ. Stwierdził, iż jego oferta została odrzucona z rażącym naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, który nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty w przypadku, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Podniósł, że hipotezą normy przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp objęta jest sytuacja, gdy treść oferty stoi w sprzeczności z postanowieniami SIWZ w taki sposób, iż można mówić o pominięciu pewnego zakresu świadczenia, zaoferowaniu odmiennego zakresu lub braku jego dookreślenia w sposób umożliwiający ocenę, czy wykonawca złożył

ofercie zgodną z oczekiwaniami zamawiającego, co oznacza, że sprzeczność oferty musi być istotnie merytoryczna, nie pozwalająca na zawarcie umowy na warunkach określonych w ofercie – zgodnych z postanowieniami SIWZ.

Wskazał, że skoro podstawą odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest niezgodność jej treści z treścią SIWZ, to a contrario za sprzeczne z ustawą należy uznać odrzucenie oferty z powodu niespełnienia ustalonych przez zamawiającego wymogów dotyczących jej formy. Odwołując się do wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 15 lipca 2004 r., sygn. akt: UZP/ZO/O-1058/04, stwierdził: "Skoro zamawiający zarzucił ofercie odwołującego tylko uchybienia formalne, należy uznać, iż jej treść zgodna jest z SIWZ. Zatem w zaistniałym stanie faktycznym, w ocenie Zespołu Arbitrów, zamawiający niesłusznie normę prawną zawartą w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych interpretuje rozszerzając ją na uchybienia formalne".

Odwołujący uznał, że zamawiający nadinterpretuje dyspozycję przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, rozszerzając możliwość zastosowania tego przepisu na elementy oferty, które de facto nie stanowią essentialia negotii przyszłej umowy. Wskazał, że tylko te elementy oferty, które mają decydujące znaczenie, czy to w możliwości uznania takiej oferty za najkorzystniejszą, czy też możliwości zawarcia umowy wyłączają możliwość rozszerzenia sankcji wynikających z omawianego przepisu na elementy obiektywnie nieistotne.

Wskazał także na postanowienia, jakie zawarł zamawiający w projekcie umowy, które zdaniem odwołującego mają decydujące znaczenie w rozstrzygnięciu przedmiotowego odwołania. Odwołujący stwierdził, że co prawda zamawiający w projekcie umowy (załącznik do SIWZ - § 7 ust. 2) przewidział możliwość wpisania wartości za poszczególne zakresy świadczenia usług (w odniesieniu do pkt. A. Stara część Pomorskiego Parku Naukowo-Technologicznego, pkt. B Budynek Wystawienniczo Konferencyjny, pkt. C Budynek Biurowo-Laboratoryjny w tym cały parking podziemny), które miałyby zostać przeniesione z formularza ofertowego, jednakże w ocenie odwołującego wartości te mają charakter jedynie informacyjny i poglądowy, a wartością istotną, determinującą jest cena oferty rozumiana jako suma wartości za wszystkie zakresy świadczenia usług A, B i C, albowiem w odniesieniu do tej wartości (ceny oferty) zamawiający warunkuje zapłatę za realizację umowy (§ 7 ust. 1), wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy - w wysokości 10% ceny całkowitej podanej w ofercie (§11 ust. 1), czy też naliczanie kar umownych (§ 8 ust. 1). Dodał, że żadne postanowienie projektu umowy, czy SIWZ nie rozróżnia dokonywania określonych czynności prawnych czy faktycznych w odniesieniu do rozdzielonych przez zamawiającego zakresów świadczenia z pkt. A, B i C.

W ocenie odwołującego nawet przewidziana w § 7 ust. 9 projektu umowy okoliczność, iż w przypadku wyboru operatora na obsługę parkingu podziemnego znajdującego się w hali garażowej, zamawiający zastrzega sobie możliwość wyłączenia

z usługi ochrony parkingu podziemnego z równoczesnym zaprzestaniem uiszczania wynagrodzenia za tę usługę - nie ma żadnego wpływu na ocenę zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Podniósł, że w świetle ustępu 9 to zamawiający decyduje o wyłączeniu z usług ochrony parkingu podziemnego i jednostronnym ograniczeniu wynagrodzenia wykonawcy.

Podniósł nadto, że zamawiający jest również w stanie samodzielnie lub uzyskując stosowne wyjaśnienia od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (czego zamawiający zaniechał z naruszeniem przepisów ustawy Pzp) określić wartość usługi w stosunku do ochrony parkingu podziemnego.

Wskazał, że interes zamawiającego w tej sytuacji zabezpiecza w pełni § 13 projektu umowy - zamawiający dopuszcza możliwość zmian zawartej umowy w stosunku do treści oferty wykonawcy w następującym zakresie: b. odstąpienia od realizacji części usługi i związanej z tym zmiany wynagrodzenia za pełnienie ochrony, c. zmiany ilości pracowników ochrony z równoczesną zmianą wynagrodzenia za usługę. Podał, że w przypadku zajścia sytuacji z pkt. 1. lit c: a. nowe wynagrodzenie będzie obliczone proporcjonalnie do nowej ilości pracowników ochrony, b. zmiany w ilości pracowników ochrony mogą być wykonywane do 25% ilości pracowników ochrony, c. po otrzymaniu pisemnego powiadomienia od zamawiającego, Wykonawca ma obowiązek od początku kolejnego miesiąca świadczenia usług, dostosować liczbę pracowników ochrony do wymagań Zamawiającego.

Odwołujący stanął na stanowisku, że zamawiający, dokonując odrzucenia oferty odwołującego, zdaje się całkowicie pomijać fakt, że ustalone w umowie wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, tj. jest to wynagrodzenie za całość wykonania przedmiotu zamówienia, w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej.

Podniósł, że istotą ceny ryczałtowej jest jej stałość, a rzeczywisty rozmiar prac wykonanych w następstwie udzielenia zamówienia publicznego nie ma wpływu na określoną w umowie wysokość ceny. Przypomniał, że przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia ryczałtu. Uznał, że bogate orzecznictwo sądowe pozwala na jego zdefiniowanie – wskazał na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r. (sygn. akt CKN 913/97). Wskazał, że wynagrodzenie ryczałtowe określa się z góry, bez przeprowadzenia szczegółowej analizy kosztów wytworzenia dzieła (powołał się także na wyrok z dnia 1 października 2012 r. sygn. akt KIO 1516/12).

Odwołujący wskazał, że zgodnie z kodeksem cywilnym wynagrodzenie ryczałtowe dotyczy całości przedmiotu umowy, a jego istotę stanowi określenie wynagrodzenia z góry bez przeprowadzenia szczegółowej analizy kosztów, w konsekwencji czego poza zakresem badania zamawiającego powinny pozostać dane wyjściowe przyjęte przez odwołującego przy obliczaniu przez niego ceny oferty. Odwołujący uznał, że zamawiający powinien przyjąć, iż zaoferowana cena jest ceną prawidłową bez względu na sposób jej obliczenia.

Ocenił, ze względu na powyższe, że wszelkie kalkulacje (przedmiary, kosztorysy itp.) pełnią wyłącznie funkcje pomocnicze.

W podsumowaniu uznał, że jego cena ofertowa została obliczona zgodnie ze wszystkim wymogami zawartymi w SIWZ w Rozdziale 14, cena została obliczona zgodnie z Formularzem ofertowym, a nadto obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia oraz wszelkie koszty towarzyszące, konieczne do poniesienia przez wykonawcę oraz związane z terminową i prawidłową realizacją zamówienia. Staął również na stanowisku, że prawidłowość obliczenia przez niego ceny oferty potwierdza analiza formularza ofertowego (tabela), wypełnionego przez odwołującego na podstawie wymagań SIWZ, ponieważ wyłącznie w odniesieniu do pozycji C w kolumnie „Ilość miesięcy” komórka jest scalona w jedną pozycję zarówno w stosunku do wiersza „budynek biurowo-laboratoryjny” i wiersza „w tym: cały parking podziemny”, natomiast w stosunku do poz. A i B, mimo że (podobnie jak pozycja C) dotyczy okresu 34,5 miesięcy, zamawiający nie dokonał takiego scalenia komórek, wymagając odrębnej kalkulacji, tak aby uzyskać w ostatnim wierszu wynik końcowy, tj. „Razem A+B+C”. Podniósł, że w stosunku do pozycji C zamawiający nie wprowadził żadnego algorytmu, ograniczając się do wyłącznie do formalnego podziału rubryki w poz. C na dwa wiersze przy jednoczesnym scaleniu komórki w kolumnie dotyczącej liczby miesięcy.

Odwołujący stwierdził, że formularz ofertowy miał być zatem w przypadku pozycji C odczytany jako obowiązek łącznego rozliczenia wynagrodzenia za pozycję C - w pkt. C zamawiający wpisał „Budynek Biurowo-Laboratoryjny w tym: cały parking podziemny”.

Zdaniem odwołującego w SIWZ nie ma postanowienia, które nakładałoby na wykonawcę obowiązek wyszczególniania takiego kosztu w ramach pozycji C.

Wyjaśnił, że aby uniknąć wszelkich wątpliwości i jednocześnie podkreślić uwzględnienie tych kosztów w ramach pozycji C odwołujący zastosował w swoim formularzu ofertowym w tabeli klamrę.

Przyjmując hipotetycznie, iż w sprawie zachodzi podstawa do stosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp odwołujący stwierdził, iż zamawiający może samodzielnie dokonać poprawienia omyłki w ofercie odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Wskazał, że poprawienie omyłki winno nastąpić według następujących zasad:

1. zamawiający narzucił w odniesieniu do usług wykonywanych w Budynku Biurowo-Laboratoryjnym (w tym parking podziemny) obowiązek wykonywania usług ochrony przez 4 pracowników ochrony (Wykonywanie usług odbywać się będzie według następujących zasad: Zgodnie z pkt. 10.3 Załącznika nr 7 „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i obowiązków Wykonawcy: 10. Budynek Biurowo-Laboratoryjny (...) „Posterunek nr 1 Centrum Monitorowania Budynku - całodobowo

4 pracowników ochrony posiadających licencję pracownika ochrony pierwszego stopnia lub wyższą, z zastrzeżeniem, iż na każdej zmianie jedna osoba będzie pełniła funkcję dowódcy zmiany: 10.3.1. Jeden pracownik ochrony będzie stale przebywał w Centrum Monitorowania Budynku. Do jego głównych zadań należeć będzie obserwacja i obsługa urządzeń kontrolnych tj. systemów sygnalizacji pożarowych, alarmowych, ciepłowniczych, elektrycznych i innych oraz w razie potrzeby natychmiastowa interwencja, również poprzez telefoniczne powiadomienie odpowiednich służb. 10.3.2. Pozostałych trzech pracowników ochrony będzie patrolować chroniony obiekt i jego teren zewnętrzny a w szczególności: - patrol wewnątrz obiektu (1 pracownik ochrony) do jego głównych zadań będzie przede wszystkim należało: nie dopuszczanie do aktów wandalizmu i kradzieży, podejmowanie natychmiastowej interwencji w sytuacjach szczególnych, ochrona osób przebywających w budynku oraz opieka nad mieniem znajdującym się w budynku, kontrola osób wchodzących do budynku, informowanie wydawanie i przyjmowanie kluczy oraz prowadzenie ewidencji, - cały parking podziemny (1 pracownik), do jego głównych zadań będzie przede wszystkim należało: nie dopuszczanie do aktów wandalizmu i kradzieży, podejmowanie natychmiastowej interwencji w sytuacjach szczególnych, ochrona osób przebywających na parkingu oraz opieka nad mieniem znajdującym się na parkingu, kontrola pojazdów wjeżdżających na parking, informowanie osób o rozmieszczeniu na terenie parkingu poszczególnych miejsc parkingowych, - patrol terenu zewnętrznego (1 pracownik ochrony) - do jego głównych zadań będzie przede wszystkim należało: nie dopuszczanie do aktów wandalizmu i kradzieży, podejmowanie natychmiastowej interwencji w sytuacjach szczególnych, opieka nad mieniem znajdującym się na zewnątrz, utrzymanie porządku na drodze wewnętrznej.

2. zawarta w formularzu wartość wynagrodzenia brutto za jeden miesiąc dla Budynku Biurowo-Laboratoryjnego (w tym cały parking podziemny) wynosi: 34.069,62 zł.
3. zamawiający dzieli kwotę 34.069,62 zł przez liczbę pracowników, tj. 4 i uzyskuje wynagrodzenie miesięczne brutto dla ochrony parkingu w wysokości 8.517,41 zł (8.517,405 zł przed zaokrągleniem).

Odwołujący wyjaśnił, że w kalkulacji ceny ofertowej przewidział stawkę za 1 rbg w tym przetargu w jednakowej wysokości 9,46 netto dla wszystkich zakresów, gdyż mając na względzie opis przedmiotu zamówienia do wykonania usług niezbędne były takie same wymagania i kwalifikacje personelu, w rezultacie wynagrodzenie miesięczne za ochronę parkingu dla jednej osoby całodobowo jest kalkulowane następująco: 732 rbg w miesiącu x 9,46 - 6 924,72 netto = 8 517,41 brutto. Podał, że kwota 8.517,41 brutto powinna pojawić

się w formularzu ofertowym w rubryce dotyczącej wynagrodzenia miesięcznego za ochronę parkingu podziemnego.

Uznał, że powyższe ustalenia kwalifikują wady oferty odwołującego jako nieistotne, nie mające żadnego wpływu na faktyczną i ostateczną treść zobowiązania wykonawcy, tym samym czynność zamawiającego, stwierdzającą niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, uznać należało za bezzasadną i pozbawioną podstaw prawnych.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, odpowiedzi zamawiającego z dnia 13 lutego 2014 r., a także stanowisk stron, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu się przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego się, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności i zaniechania zamawiającego.

Izba ustaliła, iż odwołujący się złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę z najniższą ceną, a zarzuty podniesione w odwołaniu zmierzają do unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego się, co – biorąc pod uwagę fakt, że cenie zamawiający przypisał 100 % znaczenia (Rozdział 15 SIWZ) – oznacza, że uwzględnienie odwołania da odwołującemu się szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego:

1. Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (Druk ZP-PN).
2. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”).
3. Oferty odwołującego się wykonawcy.
4. Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu ofert z dnia 24 stycznia 2014 r.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W Rozdziale 12 *Opis sposobu przygotowania oferty* pkt 12.3 SIWZ zamawiający wskazał: „Oferta Wykonawcy musi zawierać wypełniony formularz oferty – o treści odpowiadającej załącznikowi 1 do SIWZ”.

Opracowany przez zamawiającego wzór formularza ofertowego, stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ zawierał tabelę z następującymi kolumnami: „Zakres świadczenia usługi”, „cena brutto za m-c”, „ilość m-cy”, „Wartość brutto usługi”.

Kolumna „Zakres świadczenia usługi” została wypełniona przez zamawiającego i zawierała 5 wierszy:

1. A – „Stara część Pomorskiego Parku Naukowo-Technologicznego”,
2. B – „Budynek Wystawienniczo Konferencyjny”,
3. C – „Budynek Biurowo-Laboratoryjny”,
4. „w tym: cały parking podziemny”,
5. Razem A+B+C.

Kolumna „ilość m-cy” została wypełniona przez zamawiającego w ten sposób, iż w wierszach 1 i 2 wpisano „34,5”, wiersze 3 i 4 w tej kolumnie połączono i wpisano „34,5”, zaś w wierszu 5 wpisano „x”.

Kolumny „cena brutto za m-c”, oraz „Wartość brutto usługi” pozostały puste (nie zostały wypełnione”).

W § 7 ust. 2 pkt 2 Istotnych postanowień umowy (dalej „IST”), stanowiących załącznik nr 6 do SIWZ zamawiający przewidział podanie miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego dla Budynku Biurowo-Laboratoryjnego, a w jego ramach podanie odrębnie ceny netto, kwoty VAT i ceny brutto za cały parking podziemny w tym budynku.

W załączniku nr 7 do SIWZ – *Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia i obowiązków Wykonawcy* pkt 9 zamawiający zażądał, aby wszystkie osoby, które będą wykonywały usługę ochrony posiadały licencję pracownika pierwszego stopnia lub wyższą, a z dniem 1 stycznia 2014 r., aby zostały wpisane na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej (postanowienie wspólne dla wszystkich budynków i parkingu w Budynku Biurowo-Laboratoryjnym). W odniesieniu do Budynku Biurowo-Laboratoryjnego, w tym parkingu podziemnego, zamawiający wskazał, że minimalna liczba pracowników wykonujących usługę ochrony to 4 (co wynika z łącznego odczytania postanowień pkt 10. 3 („całodobowo 4 pracowników ochrony posiadających licencję pracownika ochrony pierwszego stopnia lub wyższą” i pkt. 8, w którym zamawiający zastrzegł, że opisane przez niego wymagania to wymagania minimalne), w tym 1 osoba „dedykowana” do ochrony parkingu podziemnego (pkt 10.3.2. tiret drugi załącznika nr 7).

Dodatkowo w pkt 10.3 załącznika nr 7 zamawiający zażądał, aby na każdej zmianie jedna osoba pełniła funkcję dowódcy zmiany.

Powielenie wymagań dotyczących pracowników zamawiający zawarł w § 3 ust. 1 i 2 IST.

Zamawiający zastrzegł dla siebie prawo wyłączenia z usługi ochrony parkingu podziemnego z równoczesnym zaprzestaniem uiszczania wynagrodzenia za tę usługę w przypadku wyboru operatora na obsługę tego parkingu znajdującego się w hali garażowej (§ 7 ust. 9 IST)

W złożonej ofercie odwołujący się, w przypadku kolumn „cena brutto za m-c” oraz „Wartość brutto usługi” połączył – dopisaną odręcznie klamrą rozdzielone przez zamawiającego wiersze 3 i 4 i podał jedną cenę, tj. 34 069,62 zł („cena brutto za m-c”) oraz 1 175 401,89 zł („Wartość brutto usługi”)

W *Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu ofert* zamawiający podał, że odrzucił ofertę odwołującego się wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z tego powodu, że „zgodnie z zapisami rozdziału 14 oraz Formularzem ofertowym Zamawiający zażądał wskazania w ofercie cen i wartości brutto za poszczególne budynki oraz wyszczególnienia ceny za cały parking podziemny. Wykonawca błędnie wypełnił formularz ofertowy i nie wskazał ceny ani wartości za cały parking podziemny, co stanowi o niezgodności treści oferty z siwz”.

Skład orzekający Izby zważył co następuje.

W ocenie składu orzekającego Izby z postanowienia Rozdziału 12 pkt 12.3 SIWZ oraz budowy tabeli zawartej w Formularzu ofertowym jednoznacznie wynika oczekiwanie zamawiającego wypełnienia pustych wierszy w kolumnach „cena brutto za m-c” oraz „Wartość brutto usługi”, tj. podania ceny brutto za miesiąc usługi oraz wartości brutto usługi w odniesieniu do wszystkich trzech budynków A, B i C (wartość za okres 34, 5 miesięcy), a nadto w przypadku budynku C – Budynku Biurowo-Laboratoryjnego odrębnego podania ceny za miesiąc usługi oraz odrębnego podania wartości brutto usługi za okres 34,5 miesiąca w odniesieniu do całego parkingu podziemnego znajdującego się pod budynkiem C.

Fakt, że zamawiający wpisał „34,5” w kolumnie „ilość m-cy”, łącząc wiersze 3 i 4 w jeden wiersz jest oczywistą konsekwencją faktu, że parking podziemny, o którym mowa w wierszu 4 jest parkingiem podziemnym znajdującym się pod budynkiem C, o którym mowa w wierszu 3 oraz faktu, że w przypadku żadnego z dwóch pozostałych budynków zamawiający takiego wyodrębnienia dla parkingu nie wymagał.

Zamawiający mógł w przypadku kolumny „ilość m-cy” pozostawić jeden wspólny wiersz, skoro czas wykonywania usługi, dla którego wykonawcy wyliczyć mieli wartość brutto jest taka sama (34,5 miesiąca), jednak w ocenie składu orzekającego

Izby sposób podziału wierszy w tej kolumnie przyjęty przez zamawiającego jest równie jasny i nie powinien może budzić wątpliwości wykonawców.

Wbrew wymogowi zamawiającego, znajdującemu potwierdzenie w postanowieniu § 7 ust. 2 pkt 2 Istotnych postanowień umowy, odwołujący nie podał oczekiwanej ceny brutto za miesiąc i wartości brutto usługi w odniesieniu do parkingu podziemnego znajdującego się pod budynkiem C – Budynkiem Biurowo-Laboratoryjnym.

Uzasadnieniem wymogu podania przez wykonawców ceny brutto za miesiąc w odniesieniu do parkingu podziemnego znajdującego się pod budynkiem C jest zastrzeżenie przez zamawiającego prawa wyłączenia z usługi ochrony parkingu podziemnego, z czym wiązać należy konieczność znajomości przez zamawiającego miesięcznej ceny za ochronę parkingu podziemnego (aby możliwym było, w przypadku wyboru operatora na obsługę tego parkingu, wyliczenie należnego wynagrodzenia miesięcznego za pozostały zakres zamówienia w następstwie zaprzestania uiszczania wynagrodzenia za tę usługę).

Dostrzeżenia wymaga, że użyte przez ustawodawcę w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp sformułowanie „treść SIWZ” i „treść oferty” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ w niniejszym postępowaniu przesądziła o tym, że zakres przedmiotu zamówienia będzie mógł zostać ograniczony w następstwie wyboru operatora na obsługę parkingu podziemnego w Budynku Biurowo-Laboratoryjnym i jest to bezsprzecznie postanowienie merytorycznej, a nie formalnej natury. Cena i wartość, której zabrakło w ofercie odwołującego nie pozwoli na wycenę przedmiotu zamówienia w odniesieniu do tego budynku po rezygnacji z ochrony parkingu. Kwestia ta ma kluczowe znaczenie dla możliwości rozliczeń między stronami i możliwości realizacji „okrojonego” przedmiotu zamówienia po cenie, która wynika z treści oferty wykonawcy i z tego powodu nie można twierdzić, że podanie ceny brutto za miesiąc usługi ochrony parkingu podziemnego w Budynku Biurowo-Laboratoryjnym ma jedynie walor informacyjny. Postanowienie dotyczące sposobu rozliczenia stron umowy stanowią istotne wymagania zawarte w SIWZ (w tym przypadku w szczególności w IST). Uwagę zwraca także podkreślenie przez zamawiającego merytorycznego znaczenia Formularza ofertowego, poprzez wskazanie, iż oferta wykonawcy musi zawierać wypełniony formularz oferty o treści odpowiadającej załącznikowi nr 1 do SIWZ (Rozdział 12 pkt 12.3. SIWZ).

Uwzględniając powyższe, temu, że odwołujący się nie wyodrębnił ceny miesięcznej i wartości łącznej dotyczącej ochrony parkingu podziemnego w Budynku Biurowo-Laboratoryjnym nie można przypisać – jak chce tego odwołujący – jedynie formalnego znaczenia (błąd formalny), ponieważ nie chodzi tu o inne niż wskazał zamawiający miejsce ich ujęcia (np. poza tabelą), czy sposób ich prezentacji, ale o brak merytorycznej natury –

brak co do oczekiwanej treści – podania konkretnej ceny za ochronę na zasadach wskazanych w załączniku nr 7 do SIWZ – *Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia i obowiązków Wykonawcy* (i w dalszej kolejności wartości) odnoszącej się do parkingu podziemnego.

Skład orzekający Izby stanął także na stanowisku, że brak w tabeli zawartej w Formularzu ofertowym ceny brutto za miesiąc w przypadku parkingu podziemnego w Budynku Biurowo-Laboratoryjnym nie mógł zostać poprawiony przez zamawiającego z zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wskazać należy, że zaprezentowane przez odwołującego się w odwołaniu „kroki”, które doprowadzić by miały zamawiającego do samodzielnego poprawienia treści jego oferty opierają się założeniach, których akceptacja na gruncie Prawa zamówień publicznych i treści SIWZ niniejszego postępowania nie jest możliwa.

Po pierwsze, nie można przyjąć – bez dodatkowego oświadczenia odwołującego się – że odwołujący przewidział do ochrony Budynku Biurowo-Laboratoryjnego w tym parkingu podziemnego 4 pracowników.

Nie jest prawdą, że zamawiający „narzucił w odniesieniu do usług wykonywanych w Budynku Biurowo-Laboratoryjnym (w tym parking podziemny) obowiązek wykonywania usług ochrony przez 4 pracowników ochrony” (str. 7 odwołania), ponieważ zamawiający określił jedynie minimalną liczbę pracowników, jaką wykonawcy muszą zapewnić dla ochrony tego budynku, co jednoznacznie wynika z pkt 8 i 10.3 załącznika nr 7 do SIWZ.

Skoro odwołujący nie wskazał w żadnym miejscu swojej oferty, jaką liczbę pracowników przyjął i wycenił dla Budynku Biurowo-Laboratoryjnego, parkingu podziemnego nie wyłączając, to liczba ta pozostaje nieznana.

Po drugie, nie można przyjąć – bez dodatkowego oświadczenia odwołującego się – że odwołujący przewidział jednakową stawkę roboczogodziny, tj. 9,46 zł netto dla wszystkich zakresów w przypadku wszystkich pracowników.

Zamawiający wskazał, że pracownicy mają posiadać licencję pierwszego stopnia lub wyższą (pkt 9 i 10.3. załącznika nr 7 do SIWZ), co oznacza, że to ostatecznie wykonawca, w ramach zakreślonych przez zamawiającego, miał zdecydować, jaką licencję będą posiadać jego pracownicy realizujący to zamówienie.

Różne stopnie owych licencji nie mogą być uznane za takie same wymagania. Skoro odwołujący nie wskazał w żadnym miejscu swojej oferty, że wszyscy pracownicy to

pracownicy posiadający taki sam stopień licencji to informacja ta jest dla zamawiającego nieznana i w konsekwencji zamawiający nie można przyjąć, że przewidziana dla tych pracowników stawka jest taka sama.

Po trzecie, nie można przyjąć – bez dodatkowego oświadczenia odwołującego się – że odwołujący przewidział jednakową stawkę roboczogodziny, tj. 9,46 zł netto dla wszystkich zakresów w przypadku wszystkich pracowników z innego jeszcze niż wskazany powyżej powodu.

Podnieść należy, że w przypadku pracowników, którzy mają chronić Budynek Biurowo-Laboratoryjny w tym parking podziemny jeden z nich ma pełnić funkcję dowódcy zmiany (pkt 10.3 załącznika nr 7 – „na każdej zmianie jednak osoba będzie pełniła funkcję dowódcy zmiany”).

Skoro odwołujący nie wskazał w żadnym miejscu swojej oferty, że przewiduje wszystkich pracowników w tym także pracownika, który na danej zmianie pełnić ma funkcję dowódcy zmiany, wynagradzać wg takiej samej stawki, to informacja ta jest dla zamawiającego nieznana.

Po czwarte, wskazać należy, że zamawiający nie wskazał żadnych wymagań co do zaokrągleń kwot pośrednich, stąd brak jest podstaw do przyjęcia przez zamawiającego, że – jak wskazał to odwołujący w kroku trzecim (str. 8 odwołania) – kwota 8 517,405 zł miałyby zostać zaokrąglona do kwoty 8 517,41 zł (choć taki sposób wydaje się najbardziej prawdopodobny).

Pozyskanie ww. informacji w ramach wyjaśnień odwołującego (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) nie jest możliwe, ponieważ nie można złożyć wyjaśnienia co do treści, której oferta nie zawiera. Pozyskanie tych informacji oznaczałoby uzupełnienie (zmianę) treści oferty po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne (art. 84 ust. 1 ustawy Pzp a contrario).

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odrzucając ofertę odwołującego, a także, że zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji skład orzekający Izby uznał także, że zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 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).

Przewodniczący: