

Sygn. akt: KIO/UZP 1353/08

WYROK
z dnia 9 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Izabela Kuciak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Zakład Technicznych Usług Komunalnych ECO-PLAN Piotr Świdziński, KING-SŁUPSK Spółka Cywilna Joanna Staniuk Sommer, Marcin Sommer, ul. Szczecińska 99, 76-200 Słupsk** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Jana z Kolna 8b, 81-912 Gdynia** protestu z dnia 29.10.2008 r.

przy udziale wykonawcy **Zakład Sprzątania Wnętrz J. Jankowski MOP 83 Sp. z o.o., 82-300 Elbląg, ul. Warszawska 66** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm: Zakład Technicznych Usług Komunalnych ECO-PLAN Piotr Świdziński, KING-SŁUPSK Spółka Cywilna Joanna Staniuk Sommer, Marcin Sommer, ul. Szczecińska 99, 76-200 Słupsk**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Zakład Technicznych Usług Komunalnych ECO-PLAN Piotr Świdziński, KING-SŁUPSK Spółka Cywilna Joanna Staniuk Sommer, Marcin Sommer, ul. Szczecińska 99, 76-200 Słupsk;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) przez **Konsorcjum firm: Zakład Technicznych Usług Komunalnych ECO-PLAN Piotr Świdziński, KING-SŁUPSK Spółka Cywilna Joanna Staniuk Sommer, Marcin Sommer, ul. Szczecińska 99, 76-200 Słupsk** na rzecz **Rejonowego Zarządu Infrastruktury, ul. Jana z Kolna 8b, 81-912 Gdynia** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **3 436 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące czterysta trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Zakład Technicznych Usług Komunalnych ECO-PLAN Piotr Świdziński, KING-SŁUPSK Spółka Cywilna Joanna Staniuk Sommer, Marcin Sommer, ul. Szczecińska 99, 76-200 Słupsk.**

U z a s a d n i e

Zamawiający Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni, 81-912 Gdynia, ul. Jana z Kolna 8b wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Utrzymane porządku w obiektach administrowanych przez WAK Słupsk. Ogłoszenie ukazało się 25.07.2008 r. Dz. Urz. UE Nr 2008/S 143–192101.

4.09.2008 r. nastąpiło otwarcie ofert. Złożono 3 oferty. Zamawiający podał kwotę jaka zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 3 384 748 zł netto. Zgodnie z pkt IV.12 specyfikacji termin związania ofertą wynosił 60 dni.

24.10.2008 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy ZSW J. Jankowski MOP 83 Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu i o odrzuceniu oferty protestującego.

29.10.2008 r. wykonawca Konsorcjum ZTUK „ECO-PLAN” Piotr Świdziński Słupsk i „KING-SŁUPSK” s.c. Joanna Staniuk-Sommer, Marcin Sommer Słupsk (dalej wykonawca Konsorcjum ECO-PLAN) złożył protest na naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 art. 89 ust. 1 pkt 8 i art. 91 i art. 92 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), zwanej dalej w skrócie „Pzp”, gdyż zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę protestującego oraz dokonał wyboru oferty, która znacznie przekracza środki finansowe zamawiającego podane przed otwarciem ofert.

Protestujący wykonawca Konsorcjum ECO-PLAN zażądał powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty protestującego, jako niepodlegającej odrzuceniu oraz dokonanie wyboru oferty protestującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający bezpodstawnie powołał się na nieobowiązujące przepisy art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, gdyż od 24.10.2008 r. przepis ten ma nowe brzmienie. Zamawiający pomylił 48 miesięcy jako okres, który jest całkowitym okresem świadczenia usługi i wskazał go jako okres zimowy. Okres zimowy powinien obejmować tylko 20 miesięcy (4 lata x 5 miesięcy zimowych w roku). Dotyczy utrzymania terenów utwardzonych.

Inaczej niż w odrzuceniu oferty, zamawiający to określił w pkt IV zał. nr 4 do specyfikacji. Podobnie formularz cenowy – zał. nr 3 do specyfikacji.

Ocenianie ofert nie na podstawie specyfikacji jest także art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Protestujący sporządził formularz cenowy i obliczył cenę ściśle wg reguł opisanych w specyfikacji przez zamawiającego.

03.11.2008 r. wykonawca ZSW MOP 83 przystąpił do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu.

03.11.2008 r. zamawiający oddalił protest. Zamawiający poinformował, że dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty protestującego 23.10.2008 r., a tylko poinformował o tym 24.10.2008 r. Dlatego do tych czynności stosował się do stanu prawnego na dzień 23.10.2008 r. Wynika to m.in. z rubryki 15 protokołu na druku ZP-1. Kwota podana przed otwarciem ofert nie była kwotą jaka zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a tylko kwotą jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

18.11.2008 r. wykonawca Konsorcjum ECO-PLAN złożył odwołanie od oddalenia przez zamawiającego protestu.

Ponad zarzuty postawione w proteście odwołujący zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawca MOP 83, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż wykonane usługi wykazane przez wykonawcę MOP 83 nie spełniają postawionych przez zamawiającego wymogów.

26.11.2008 r. wykonawca MOP 83 złożył przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

04.12.2008 r. odwołujący złożył pismo „Stanowisko w rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą”.

Skład orzekający Izby dopuścił dowody z dokumentacji postępowania, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego, po wysłuchaniu na rozprawie stron postępowania i przystępującego, ustalił i zważył co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 Pzp.

Skład orzekający Izby uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i podlega oddaleniu.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę to, że 24.10.2008 r. zamawiający poinformował odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty i o odrzuceniu oferty odwołującego. Zdaniem odwołującego, zamawiający naruszył tym art. 7 ust. 1 i 3 art. 89 ust. 1 pkt 8 gdyż bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego.

Zgodnie z treścią uwagi zawartej w przypisie do tabeli formularza cenowego, stanowiącego załącznik nr 3 do specyfikacji, zostało ustanowione cyt. >>W kolumnie „Wartość netto zamówienia za 48 m-cy (zł)” należy wpisać iloczyn Ceny jednostkowej netto i powierzchni<<. Natomiast odwołujący dokonał pomnożenia innych liczb, niezgodnie z wyżej przytoczoną treścią wymagania zamawiającego. Ponadto odwołujący stwierdził wielokrotnie na piśmie i w wypowiedziach podczas rozprawy, że wypełnienie formularza cenowego nie jest wynikiem błędu, a jest skutkiem zastosowania się do wskazań wynikających z całej treści specyfikacji. Odwołujący podkreślił na rozprawie, że jego oferta została sporządzona rzetelnie, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, logiką i obliczeniami arytmetycznymi. Odwołujący uznał, że takie postępowanie jest zgodne z intencjami i całkowitą treścią specyfikacji oraz modyfikacji specyfikacji. Jednak odwołujący nie wykazał zgodnie z którym postanowieniem specyfikacji tak postępował. Ponadto należy stwierdzić, że do świadomego wstawienia w formularzu cenowym liczb, zamawiający nie może zastosować przepisów art. 87 ust. 2 Pzp zamawiający nie może zastosować przepisów o omyłkach, gdyż działanie odwołującego było całkowicie świadome i skierowane na wywołanie takiego właśnie skutku. Zostało to również podkreślone w trakcie rozprawy przez odwołującego.

Dlatego zamawiający nie mógł w takich okolicznościach zastosować przepisów art. 87 ust. 2 Pzp o poprawie omyłek i wobec tego zarzut naruszenia art. 89 ust. 6 Pzp przez niewłaściwe odrzucenie oferty niezawierającej błędów nie może być zaakceptowany przez Krajową Izbę Odwoławczą. Oferta odwołującego była sporządzona na podstawie innego wzoru obliczania ceny niż wymagał tego zamawiający w formularzu cenowym stanowiącym załącznik do specyfikacji.

Również odwołujący nie wykazał, że zamawiający dokonał niewłaściwego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp. Ponadto zamawiający nie powoływał się na tę przesłankę.

Także odwołujący nie dowiódł, że w postępowaniu zamawiający dokonał zmiany specyfikacji po terminie składania ofert. dlatego zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp również nie może się ostać i podlega oddaleniu.

Zarzut wyboru oferty, której cena przewyższa ogłoszone przed otwarciem ofert środki, które zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia również podlega odrzuceniu. Skład orzekający Izby stwierdza, że wybór oferty, której cena przewyższa ogłoszone przed otwarciem ofert środki, które zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie stanowi o przekroczeniu jakiegokolwiek przepisu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Nie stanowi to też podstawy do unieważnienia postępowania. Zamawiający musi unieważnić postępowanie, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, o czym stanowi art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Odwołujący nie wykazał, że takie przekroczenie możliwości finansowych zamawiającego w rozpatrywanym postępowaniu miało miejsce. Ponadto zamawiający nie wnosił o unieważnienie postępowania z tego powodu. Dlatego zarzut naruszenia niesprecyzowanych przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych przez wybór oferty o cenie wyższej niż kwota ogłoszona przez zamawiającego przed otwarciem ofert, zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp podlega oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 92 Pzp ze względu na to, że zamawiający nie opublikował informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty na swojej stronie internetowej podlega oddaleniu. Odwołujący nie wykazał, że brak zamieszczenia miał istotny wpływ na wynik postępowania. Zainteresowani wykonawcy zostali o wyniku postępowania poinformowani indywidualnie. Zgodnie z art. 191 ust. 1a Pzp *a contrario* Izba oddała odwołanie, jeżeli stwierdzi, jak w rozpatrywanym przypadku, że naruszenie przepisów ustawy nie miało istotnego wpływu na wynik postępowania.

Pozostałe zarzuty odwołującego sformułowane w odwołaniu nie podlegają rozpatrzeniu, gdyż nie były podnoszone w proteście. Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 2 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie nie zostało poprzedzone protestem. Dlatego zarzuty pozostałe odwołującego pozostają bez rozpatrzenia.

Reasumując zarzuty odwołującego nie potwierdziły się i dlatego skład orzekający Izby nie stwierdził naruszenia wskazanych przez odwołującego przepisów prawa.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika zamawiającego na podstawie złożonej faktury na kwotę 3 600,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*