

WYROK
z dnia 4 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 czerwca 2013 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2013 r. przez wykonawcę

**R..... F..... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą RM F.....
R..... F....., 30-705 Kraków, ul. Klimeckiego 25**

w postępowaniu prowadzonym przez

Komendę Wojewódzką Policji w Krakowie, 31-571 Kraków, ul. Mogilska 109

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Komendę Wojewódzką Policji w Krakowie, 31-571 Kraków, ul. Mogilska 109:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez R..... F..... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą RM F..... R..... F....., 30-705 Kraków, ul. Klimeckiego 25 tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Komendy Wojewódzkiej Policji w Krakowie, 31-571 Kraków, ul. Mogilska 109 na rzecz R..... F..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą RM F..... R..... F....., 30-705 Kraków, ul. Klimeckiego 25 kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych**

zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Krakowie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1219/13

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonywanie kompleksowych napraw blacharskich i lakierniczych pojazdów służbowych Komendy Wojewódzkiej Policji w Krakowie” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 27 marca 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 61-102548. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W postępowaniu zostało złożonych 6 ofert.

17 maja 2013 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania. Zamawiający odrzucił ofertę R..... F..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą RM F..... powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazując, że zgodnie z art. 2 pkt 13 tej ustawy zamówienie publiczne jest umową odpłatną. Wykonawca, oferując stawkę roboczogodziny w zakresie napraw płatnych przez zamawiającego w wysokości 0 zł, narusza postanowienia tego przepisu. Ze strony zamawiającego niemożliwe jest zawarcie umowy nieodpłatnej na wykonywane okresowo powtarzających się usług. Zamawiający ma jedynie możliwość, a nie obowiązek zlecenia napraw bezgotówkowych. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 10 ustawy o cenach za usługę rozumie się czynność świadczoną odpłatnie. Wskazując stawkę 0 zł wykonawca doprowadza do niezgodności z tą ustawą.

Z tego względu najkorzystniejszymi ofertami są jednocześnie dwie oferty, w których zaoferowano stawki roboczogodziny 0,01 zł. Nie jest możliwe wezwanie wykonawców do złożenia ofert dodatkowych, gdyż zaoferowanych cen nie da się zmniejszyć.

W związku z zaistniałą sytuacją zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 91 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych jako obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy ze względu na występowanie dwóch ofert najkorzystniejszych o takiej samej cenie.

23 maja 2013 r. odwołujący – R..... F..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą RM F..... wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 2 pkt 13 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezzasadne, z naruszeniem zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem

uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z ustawą wskutek błędnej interpretacji pojęcia odpłatności umowy,

2. art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego błędną interpretację w zakresie pojęcia umowy odpłatnej,

3. art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 3 ust. 1 i 10 ustawy o cenach poprzez błędną interpretację definicji ceny oraz usługi,

4. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że istnieje podstawa do unieważnienia postępowania wskutek zaistnienia niemożliwej do usunięcia wady w postaci braku możliwości obniżenia ceny w pozostałych ofertach, bowiem nie było podstawy do odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienia czynności unieważnienia przetargu, nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i ponownej oceny ofert, zasądzenie kosztów postępowania przed Izbą na rzecz odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że od 2011 r. zamawiający związany jest umową z wykonawcą, który zaoferował cenę roboczogodziny w wysokości 1 zł, w obecnym przetargu dwaj wykonawcy zaoferowali cenę roboczogodziny 0,01 zł, a jeden 0 zł.

W punkcie VI ppkt 6 i 7 opisu przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał, iż będzie zlecał wykonawcy wykonywanie napraw refundowanych przez towarzystwa ubezpieczeniowe, w takim przypadku może upoważnić wykonawcę do rozliczenia bezgotówkowego z towarzystwem ubezpieczeniowym. Określił też szacunkową ilość naprawianych samochodów: 450 napraw, których płatnikiem będzie zamawiający oraz 1350 napraw w rozliczeniu bezgotówkowym.

W punkcie XVI specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu obliczenia ceny” zamawiający nakazał obliczyć cenę oferty zgodnie z przygotowaną tabelą, w której sam wskazał wartość części i materiałów na 597.000 zł oraz szacowaną wartość napraw finansowanych przez towarzystwa ubezpieczeniowe – 4.750.000 zł.

Odwołujący ustalił wartość roboczogodziny, której płatnikiem będzie zamawiający, na kwotę 0 zł, dokonał zsumowania tych wartości uzyskując wartość brutto oferty w wysokości 5.347.000 zł.

W ofercie odwołujący przyjął założenie, że szacowane 450 napraw może nie przynieść bezpośredniego zysku, zysk ma przynieść 1350 napraw finansowanych przez towarzystwa ubezpieczeniowe. Łączny rozrachunek obu typów napraw powoduje, że umowa jest umową odpłatną, wykonawca bowiem otrzyma wynagrodzenie, którego płatnikiem są towarzystwa ubezpieczeniowe. Zamawiający zdaje sobie sprawę z tego rozumowania, gdyż nie wezwał odwołującego ani pozostałych oferentów do udzielenia wyjaśnień w trybie ustawy Prawo

zamówień publicznych. Zamawiający w zawiadomieniu wskazał, iż ma jedynie możliwość, a nie obowiązek zlecenia napraw bezgotówkowych – faktycznie, co do zasady nie ma takiego obowiązku, jednak brzmienie punktu VI ppkt 6 opisu przedmiotu zamówienia stanowiące, iż zamawiający „będzie zlecał” wykonawcy wykonywanie napraw refundowanych przez towarzystwa ubezpieczeniowe wskazuje na obligatoryjność takich zleceń. Rozbicie napraw na 450 i 1350 nie może być interpretowane inaczej jak zapewnienie, że wykonawca będzie wykonywał obydwa typy napraw. Tylko w zakresie bezgotówkowego rozliczania napraw zamawiający pozostawił sobie fakultatywność wyboru. Irrelevantne jest, czy rozliczenie nastąpi w takiej formie, gdyż płatnikiem i tak jest towarzystwo ubezpieczeniowe.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie wskazuje na niedopuszczalność ustalenia wartości i złożenia oferty, w której składową jest cena roboczogodziny 0 zł.

Art. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych definiuje cenę zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o cenach jako wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Bez wątplenia 0 zł jest wartością, a jej wskazanie powoduje, że kupujący winien zapłacić za usługę cenę 0 zł.

Odpłatność umowy musi być rozumiana szeroko nie zawężając jej wyłącznie do kwestii ceny, lecz również każdy rodzaj korzyści majątkowej. Korzyść majątkowa odwołującego polega na przychodzie z napraw, których płatnikiem nie jest zamawiający, zaś stosunek napraw płatnych przez towarzystwa ubezpieczeniowe do płatnych stawką 0 zł jest tego rodzaju, że odwołujący uzyskuje korzyść majątkową.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania ze względu na jego bezpodstawność i brak naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych podtrzymując swoje stanowisko w zakresie odrzucenia oferty odwołującego oraz unieważnienia postępowania.

Zdaniem zamawiającego przytoczone przez odwołującego poglądy w zakresie ceny 0 zł nie znajdują zastosowania w realiach niniejszej sprawy, gdyż dotyczyły pojedynczych elementów usługi udostępnianych standardowo w powszechnym obrocie nieodpłatnie, w których zastosowanie takiej stawki nie prowadziło i nie mogło prowadzić do nieodpłatności całej usługi. Co prawda zamawiający będzie zlecał naprawy refundowane przez towarzystwo ubezpieczeniowe, jednak nie jest to równoznaczne z tym, na czyje konto wpłynie owa refundacja, gdyż zlecenie rozliczeń wykonawców z ubezpieczycielem jest jedynie możliwością, a nie obowiązkiem zamawiającego. Świadczy o tym także wskazanie jedynie szacunkowej liczby napraw, które będą dokonywane bezgotówkowo przy udziale towarzystw ubezpieczeniowych oraz tych, które będą zlecane z pominięciem towarzystw ubezpieczeniowych. Zamawiający nie gwarantuje liczby tego rodzaju napraw, wysokości należnego z tego tytułu wynagrodzenia ani sposobu przepływu środków finansowych bezpośrednio z towarzystwa ubezpieczeniowego do wykonawcy.

Gdyby zamawiający żądał przedstawienia w ofercie jednej ceny za wykonanie wszystkich napraw w okresie trwania umowy i jeden z elementów tej ceny wyniósłby 0 zł, to tak wskazana cena byłaby do przyjęcia. W przedmiotowej sprawie mamy jednak do czynienia z odmienną sytuacją, ponieważ rozliczenie następuje na zasadzie zapłaty za poszczególne naprawy. Z doświadczeń zamawiającego wynika, że nie zawsze używa się do wykonania naprawy części zamiennych, a poza tym zgodnie z zapisami umowy zamawiający w każdym przypadku ma możliwość dostarczenia własnych materiałów i części do wykonania usługi. Przy akceptacji stawki 0 zł za robociznę dochodziłoby do sytuacji, gdy wartość usługi byłaby równa wartości robocizny, a w konsekwencji byłaby nieodpłatna dla zamawiającego, co jest nie do przyjęcia z punktu widzenia państwowej jednostki budżetowej.

§11 ust. 2 projektu umowy stanowi, iż wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za wykonaną usługę oraz zwrot poniesionych kosztów na części i materiały konieczne do jej wykonania. Zapis ten jasno mówi, iż jedynym składnikiem zysku dla wykonawcy jest w tym przypadku wartość roboczogodziny. Ustalając stawkę na 0 zł wykonawca nie otrzymuje należnego wynagrodzenia za wykonaną usługę, lecz jedynie zwrot kosztów, co w połączeniu z zapisami art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych jest nie do przyjęcia, bowiem przeczy generalnej zasadzie odpłatności zamówień publicznych. Poza tym programy księgowo nie przyjmują do dekretacji faktur z wartością 0 zł. Możliwe jest uzyskanie kwoty 0 zł poprzez naliczenie stosownego rabatu, lecz będzie to niezgodne z wartością roboczogodziny ustalonej przez wykonawcę.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 10 ustawy o cenach za usługę rozumie się czynność świadczoną odpłatnie. Ponieważ polski system monetarny nie przewiduje jednostek pieniężnych o nominale 0, należało ją odpowiednio wyrazić w złotych i groszach. Wartość 0 zł nie jest ceną. Ponieważ każda naprawa jest fakturowana osobno, chybione jest stanowisko odwołującego, zgodnie z którym mógł wskazać wartość roboczogodziny jako 0 zł powołując się na fakt zarobku na innych elementach realizowanej umowy. Nie jest to kwestia rażąco niskiej ceny, lecz prawidłowego wyrażenia ceny w jednostkach monetarnych.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiotem zamówienia jest wykonywanie przez okres 3 lat kompleksowych napraw pojazdów służbowych zamawiającego uszkodzonych w wyniku zdarzeń drogowych oraz wykonywania innych zleconych napraw blacharskich i lakierniczych. Części zamienne i materiały potrzebne do naprawy będzie dostarczał wykonawca lub zamawiający. Zamawiający będzie zlecał wykonawcy wykonywanie napraw refundowanych przez towarzystwa ubezpieczeniowe – w takim przypadku zamawiający może upoważnić wykonawcę do rozliczenia bezgotówkowego z towarzystwem ubezpieczeniowym. Szacunkowa ilość naprawianych samochodów, jaką zamawiający spodziewa się zlecić do wykonania w okresie obowiązywania umowy, to ok. 450 napraw, których płatnikiem będzie zamawiający oraz około 1350 napraw w rozliczeniu bezgotówkowym.

Kryterium oceny ofert jest cena.

W rozdziale dotyczącym sposobu obliczenia ceny zamawiający wskazał, że cenę oferty należy obliczyć zgodnie z tabelą. Cenę oferty będzie stanowić wartość robocizny powiększona o szacowaną wartość części zamiennych i materiałów użytych do wykonywania napraw oraz szacowaną wartość napraw finansowanych przez towarzystwa ubezpieczeniowe. Cena roboczogodziny musi obejmować wszystkie koszty z uwzględnieniem podatków i opłat, upusty i rabaty, koszty transportu uszkodzonych pojazdów, koszty zarządu, ogólne itd. Nie obejmuje natomiast kosztów materiałów i części wykorzystywanych przy naprawie.

Przygotowana przez zamawiającego tabela zawiera 6 kolumn: 1. cena roboczogodziny brutto, 2. szacowana liczba roboczogodzin w ciągu 3 lat (zamawiający wskazał tu 3.000), 3. wartość roboczogodzin w ciągu 3 lat, 4. wartość części i materiałów użytych przy wykonywaniu napraw (zamawiający wskazał tu 597.000 zł), 5. szacowana wartość napraw finansowanych przez towarzystwa ubezpieczeniowe (zamawiający wskazał tu 4.750.000 zł) oraz 6. łączna wartość oferty.

Wykonawcy mieli zatem podać jedynie cenę roboczogodziny i dokonać przeliczeń w kolumnie 3. i 6.

Oferty złożyło 6 wykonawców, którzy zaoferowali ceny roboczogodziny: 0 zł, 0,01 zł, 0,01 zł, 0,123 zł, 0,18 zł i 90 zł. Tym samym ceny ofert wyniosły: 5.347.000 zł, 5.347.030 zł, 5.347.030 zł, 5.347.369 zł, 5.347.530 zł, 5.617.000 zł.

Jak wynika więc z powyższego, jedynie jeden wykonawca zaoferował realną cenę roboczogodziny – 90 zł. Pozostali wykonawcy – co jest oczywiste – swojego wynagrodzenia za wykonanie umowy upatrywali w wynagrodzeniu za naprawy dokonywane na koszt towarzystw ubezpieczeniowych. Z tego wynika więc również to, iż wykonawcy opis przedmiotu zamówienia i podany sposób kalkulacji ceny oferty potraktowali jako zapewnienie zamawiającego, iż takie naprawy będzie im zlecał w ramach przedmiotu zamówienia i to w ilości ok. 3 razy większej niż naprawy realizowane na koszt zamawiającego. Zresztą – tu należy przyznać rację odwołującemu – taka informacja (zobowiązanie) znalazła się w punkcie VI ppkt 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „zamawiający będzie zlecał wykonawcy wykonywanie napraw refundowanych przez towarzystwa ubezpieczeniowe”. Gdyby więc zamawiający w ramach realizacji umowy takich napraw nie zlecał, byłoby to niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia.

Kwestia, czy naprawy te będą rozliczane bezgotówkowo, czy poprzez zamawiającego, nie zmienia faktu, iż naprawy te zaliczałyby się do kolumny „szacowana wartość napraw finansowanych przez towarzystwa ubezpieczeniowe” o wartości 4.750.000 zł.

Wykonawcy spodziewają się więc wynagrodzenia za wykonanie umowy w kwocie zbliżonej do wskazanych przez zamawiającego 5.347.000 zł Tym samym więc umowa nie jest nieodpłatna.

Co zaś do ceny za roboczogodzinę napraw zleczanych przez zamawiającego, to należy zauważyć przede wszystkim, iż jest to cena jednostkowa stanowiąca element kalkulacyjny ceny oferty. Ceną oferty jest zaś cena wskazana w kolumnie 6. tabeli, czyli w przypadku odwołującego 5.347.000 zł.

Co do zasady przyjmuje się, że niektóre elementy kalkulacyjne mogą mieć wartość 0, zwłaszcza, jeśli zamawiający nie zastrzegł, iż jest to niedopuszczalne.

Tak skonstruowaną ofertę trudno więc uznać za niezgodną z ustawą czy, tym bardziej, nieważną. A zamawiający nie zarzucał ani niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ani wskazania ceny rażąco niskiej, ani nierealności kosztów robocizny.

W kwestii nieodpłatności samej robocizny oraz darowizny na rzecz zamawiającego należy też zwrócić uwagę, że sama wartość roboczogodziny wskazana przez odwołującego wcale nie różni się od wartości pozostałych czterech ofert zaakceptowanych przez zamawiającego, gdyż ceny: 1 grosz, 12 groszy czy 18 groszy również trudno uznać za oddające realnie ponoszone przez wykonawcę koszty. Zamawiający zaś tych ofert nie kwestionował.

Argument, iż program księgowy nie akceptuje danej kwoty faktur – choć niewątpliwie jest to uciążliwe dla księgowości – nie ma znaczenia z punktu widzenia oceny oferty.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 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).

Przewodniczący: