

WYROK
z dnia 9 grudnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stanisław Sadowy
Członkowie: Małgorzata Rakowska
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Jana z Kolna 8B, 81-912 Gdynia** protestu z dnia 23 października 2008 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**

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 uiszczzonego przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** 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 **00 zł 00 gr** (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 936 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław.**

U z a s a d n i e n i e

Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi polegające na: „Utrzymaniu porządku i czystości pomieszczeń budynków, sprzątanie dróg, chodników i placów utwardzonych oraz utrzymanie i pielęgnacja terenów zieleni w kompleksach wojskowych administrowanych przez WAK Hel przez Zamawiającego Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2008/S 134 -179774 z dnia 12/07/2008.

W dniu 17. 10. 2008 r. Zamawiający poinformował faksem o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż zdaniem Zamawiającego nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu.

W dniu 24. 10. 2008 r. Impel Cleaning Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, zwany dalej „Protestującym” lub „Odwołującym” wniósł do Zamawiającego protest, na czynności Zamawiającego podjęte w toku postępowania:

- 1) odrzucenia oferty Protestującego;
- 2) unieważnienia prowadzonego postępowania,

o których powziął wiadomość w dniu 17.10.2008 r.

Powyższe czynności Zamawiającego naruszyły, zdaniem Protestującego, zasady udzielenia zamówień publicznych wyrażone w art. 7 ust 1 i 3, art. 88 ust. 1 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe zarzuty Protestujący wniósł o:

- 1) uchylenie czynności odrzucenia oferty Protestującego;
- 2) uchylenie czynności unieważnienia postępowania;
- 3) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Uzasadniając powyższe, Protestujący przedstawił następujące argumenty:

Zdaniem Protestującego jego oferta jest ważna i nie podlega odrzuceniu, a zatem unieważnienie postępowania jest bezpodstawne. Zaoferowana przez niego cena została obliczona prawidłowo, z uwzględnieniem wszystkich wymogów stawianych przez Zamawiającego w SIWZ. Protestujący podniósł, iż zarzut Zamawiającego sprowadza się do tego, iż w pozycji 4 formularza cenowego - „kalkulacja”, stanowiącego załącznik nr 3 do oferty, Protestujący błędnie wyliczył wartość wykonywania usługi dla warunków zimowych na terenach utwardzonych w okresie zimowym. Protestujący wskazał, iż zgodnie z treścią pkt 3 Rozdziału VII SIWZ - każdy Wykonawca powinien przygotować ofertę zgodnie z formularzem stanowiącym Załącznik nr 1 do niniejszej specyfikacji. Załącznik nr 3 stanowiący kalkulację usługi, a zatem kosztorys ofertowy stanowi jedynie narzędzie pomocnicze do wyliczenia ceny ofertowej określonej w wysokości brutto, przedstawionej przez Wykonawcę w Załączniku nr 1 OFERTA. Mając powyższe na uwadze Protestujący stoi na stanowisku, iż ceny podane przez Wykonawców w formularzu OFERTA są cenami wiążącymi, za które każdy wykonawca deklaruje wykonanie przedmiotu zamówienia. Protestujący podkreślił, iż w treści Załącznika nr 1 OFERTA zawarte jest potwierdzenie, że każdy Wykonawca "składa ofertę zgodnie z przedmiotem zamówienia za cenę...". Zamawiający oczekiwał także od wykonawców przedstawienia w OFERCIE kwoty brutto wraz ze wskazaniem kwoty należnego podatku VAT.

W tym stanie rzeczy, w opinii Protestującego, jest niedopuszczalne podjęcie przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty Protestującego ze względu na występowanie błędu nie podlegającego poprawieniu w trybie art. 88 ustawy Pzp. Protestujący wskazał, iż żadne poprawki oferowanej przez niego ceny nie są konieczne, jako że oferowana przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu cena jest ceną ryczałtową i jako taka, jest zawsze poprawna, niezależnie od sposobu jej obliczenia. Nie może więc zostać odrzucona oferta przewidująca cenę ryczałtową na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, a Zamawiający jest obowiązany zastosować w takim przypadku dyspozycję art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a) ustawy.

Zdaniem Protestującego, Zamawiający w formularzu OFERTA oczekiwał od Wykonawców przedstawienia ryczałtów za świadczenie usług. Potwierdzeniem przyjętej argumentacji jest fakt, iż Zamawiający ustalając cenę oferty (waga 100%) jako jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej, ocenia całościową cenę wykonania usługi - przez danego wykonawcę całego zamówienia - a nie poszczególnych jego części. Na szczególną uwagę, według Protestującego, zasługuje treść pisma Zamawiającego z dnia 17 października 2008 r., w którym informuje o odrzuceniu oferty Protestującego zamieszczając w formie tabelarycznej informację o złożonych w postępowaniu ofertach, podając „ceny oferty brutto” jako ceny ryczałtowe, za które Wykonawcy zadeklarowali realizację przedmiotu zamówienia.

Cena zaproponowana przez Protestującego jest ceną ryczałtową, w związku z czym zgodnie z art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a) ustawy Pzp, przyjmuje się, że cenę tę podano prawidłowo bez względu na sposób jej obliczenia. Przy tak ustalonej cenie, nawet gdyby przyjąć, że przy jej obliczaniu wystąpiły omyki rachunkowe, to Zamawiający na podstawie art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a) ustawy Pzp, zobowiązany jest przyjąć podaną cenę ryczałtową jako prawidłową. Protestujący podkreślił, iż z istoty ceny ryczałtowej wynika, że metoda jej ustalenia nie ma charakteru wiążącego.

Dlatego, zdaniem Protestującego, działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Protestującego jest całkowicie niezasadne, a przytoczona przez Zamawiającego argumentacja jest chybiona. Protestujący podkreślił, iż zasady, na jakich obliczona została cena wykonania usługi na terenach utwardzonych zostały wyjaśnione przez Protestującego i są zgodne z wymogami Zamawiającego, tzn. obejmują wszystkie koszty świadczenia przedmiotowej usługi przez cały okres trwania umowy, tj. 48 miesięcy. Zamawiający otrzymał także dodatkowe dane o kosztach tej usługi w skali jednego miesiąca wykonywania usługi w okresie zimowym, czego nie wymagał, ale podania czego Protestującemu nie zabraniał żaden przepis.

Sposób umiejscowienia momentu ponoszenia kosztów przez Protestującego w trakcie trwania umowy jest jego uprawnieniem i Zamawiający nie może nakazywać wykonawcom dowolnego rozwiązania w tym zakresie. Zgodnie z obowiązującymi przepisami podatkowymi (dotyczącymi podatku dochodowego od osób prawnych, jak i rozliczania podatku od towarów i usług – VAT) koszty są przez przedsiębiorców rozliczane w miesiącach, w których faktycznie powstały. W związku z powyższym niedopuszczalne jest podjęcie przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty Protestującego ze względu na występowanie błędu nie podlegającego poprawieniu w trybie art. 88 ustawy Pzp. Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Od braku rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, co zgodnie z art. 183 ust. 3 Pzp uznaje się za jego oddalenie, Odwołujący pismem z dnia 13.11.2008 r. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (poprzez złożenie w tym dniu w placówce pocztowej operatora publicznego odwołanie), jednocześnie przekazując jego kopię Zamawiającemu, zgodnie z art. 184 ust. 2 Pzp. W odwołaniu tym Odwołujący podtrzymał w całości zarzuty, żądania i wnioski zawarte w proteście.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ a także treść oferty złożonej przez Odwołującego, jak również oświadczenia i stanowiska Stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Rozpatrując zarzuty odwołania Izba ustaliła:

W rozdziale VII. „Składanie ofert” pkt 3 SIWZ Zamawiający wskazał, iż ofertę należy przygotować zgodnie z formularzem stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ.

Zgodnie z tym załącznikiem należało określić przedmiot zamówienia, którego oferta dotyczy oraz podać ceny brutto, z wyszczególnieniem stawki i kwoty podatku VAT oferowanych usług: oddzielnie za utrzymanie czystości obiektów kubaturowych, utrzymanie w czystości terenów zielonych, utrzymanie w czystości terenów utwardzonych poza zimą, utrzymanie w czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym, a także sumę tych pozycji.

Cenę oferty należało obliczyć w oparciu o „formularz cenowy - kalkulacja”, stanowiący załącznik nr 3 do SIWZ. Z treści ww. Formularza cenowego, opracowanego w formie tabelarycznej, wynikał wymóg podania przez wykonawców ceny jednostkowej netto (zł/m²/m-c), wartości netto zamówienia za 48 miesięcy oraz wartości brutto zamówienia za 48 miesięcy: obiektów kubaturowych (poz. 1), terenów zielonych (poz. 2), terenów utwardzonych poza zimą (poz. 3), terenów utwardzonych w okresie zimowym (poz.4).

Jednocześnie, w Formularzu tym Zamawiający zawarł pouczenie, iż w pozycji 4 „Tereny utwardzone w okresie zimowym” w kolumnie „Cena jednostkowa netto (zł/m²/m-c) należy podać średnią arytmetyczną cenę jednostkową za 1 m² dla warunków zimy lekkiej, średniej i ciężkiej. W kolumnie „Wartość netto zamówienia za 48 m-cy (zł)” należy wpisać iloczyn ceny jednostkowej netto i powierzchni.

Ponadto, w załączniku nr 4 „Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru usługi (...)” na str. 7, Zamawiający określił, że utrzymanie czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym obejmuje okres od 1 listopada do 31 marca. Jednocześnie, w § 2 ust. 1 projektu

umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ wskazano, iż termin realizacji zamówienia wynosi 48 miesięcy od daty podpisania umowy a z § 4 wynikał wymóg podania ogólnej wartości umowy netto i brutto i określenia wysokości wynagrodzenia miesięcznego (netto i brutto) oraz podania cen jednostkowych, które stanowiąc będą podstawę obliczenia tego wynagrodzenia.

W złożonej ofercie – w Formularzu cenowym, Odwołujący podał ceny wykonania usług wymienionych w poz. 1 – 3 ww. Formularza za okres 48 miesięcy. Natomiast w pozycji nr 4 „Tereny utwardzone w okresie zimowym” Odwołujący podał m.in. wartość netto zamówienia za okres 48 m-cy wynosi „a) 3 264,00 zł, co daje przez okres wykonania umowy kwotę: b) 52 224,00” i kwotę 52 224,00 zł przyjął do obliczenia wartości netto całego zamówienia (1660860,48 zł) oraz uwzględnił te wielkości do obliczenia wartości brutto zamówienia za 48 m-cy. Odwołujący wyjaśnił Zamawiającemu, w piśmie z dnia 29.08.2008 r., iż: „Aby nie dublować kosztów ponoszonych na utrzymanie terenów utwardzonych Wykonawca w wierszu 4 policzył tylko różnicę jaką Zamawiający będzie dopłacał do utrzymania terenów utwardzonych w okresie zimowym do kwoty z wiersza nr 3”.

Skład orzekający Izby odnosząc się do zarzutów odwołania, w tym zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez uznanie, że oferta Odwołującego zawiera omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 lub błędy w obliczeniu ceny, zważył, co następuje:

Mając na względzie fakt, iż rozstrzygnięcie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, tj. odrzucenie ofert i unieważnienie postępowania nastąpiło w piśmie z dnia 17.10.2008 r., zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy dotychczasowe, sprzed nowelizacji, która weszła w życie w dniu 24 października 2008 r. Dlatego Izba nie rozważała możliwości poprawienia niezgodności oferty ze SIWZ, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w brzmieniu tego przepisu nadanym przepisami przywołanej nowelizacji.

Jednocześnie, skład orzekający Izby odnosząc się do podstawowego zarzutu odwołania – bezpodstawnego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, w tym podkreślonego na rozprawie zarzutu braku wskazania w zawiadomieniu z dnia 17.10.2008 r., czy przesłanką odrzucenia oferty były, o ocenie Zamawiającego, omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88, czy błędy w obliczeniu ceny, skład orzekający Izby stwierdził, że z treści uzasadnienia odrzucenia oferty (pismo z dnia 17.10.2008 r.) wynika jednoznacznie, iż Zamawiający uznał, iż oferta Odwołującego

zawiera błędy w obliczeniu ceny. Zamawiający wskazał bowiem, „W pozycji 4 formularza cenowego wyliczono nieprawidłowo wartość usługi dla warunków zimowych. Błędne skalkulowanie wartości usługi polega na podaniu dwóch wartości a) i b). Wartość a) za 1 miesiąc usługi i wartość b) za 16 miesięcy wykonywania usługi. W formularzu cenowym Zamawiający przewidział wyliczenie wartości za 48 miesięcy w związku z powyższym wartość usługi podana przez Wykonawcę jest nieprawidłowa).”

W ocenie składu orzekającego Izby, z treści załącznika nr 3 do SIWZ: z nazwy kolumny 5 „Wartość netto zamówienia za 48 m-cy (zł)” i kolumny 6 „Wartość brutto zamówienia za 48 m-cy (zł)”, a także z zawartego pod tabelą wyjaśnienia, zd. drugie: „W kolumnie „Wartość netto zamówienia za 48 m-cy (zł) należy wpisać iloczyn ceny jednostkowej netto i powierzchni” wynika jednoznacznie wymóg podania ceny poszczególnych usług, w tym usługi utrzymania w czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym, za 48 miesięcy. Tymczasem, Odwołujący przyjął dla pozycji 4, w kolumnie 5 i 6 formularza ofertowego wartość usługi za okres 16 m-cy.

W świetle powyższego, treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący, poprzez nieuwzględnienie przy wycenie w poz. 4 Formularza cenowego, wymaganego przez Zamawiającego okresu 48 m-cy świadczenia usługi w okresie zimowym, doprowadził do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Jednocześnie, skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp 6 Pzp, gdyż oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny. Odwołujący nieprawidłowo skalkulował ceny utrzymania porządku i czystości na terenach utwardzonych w okresie zimowym, co wynika z wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w piśmie z dnia 29.08.2008 r. Niezgodność dotyczy wskazanego przez Odwołującego okresu świadczenia usługi. Odwołujący dokonał tej czynności w sposób niezgodny z wymogami SIWZ opisanymi w Formularzu cenowym (tabela i objaśnienia pod tabelą).

Zamawiający przewidział 48 miesięczny okres realizacji zamówienia po to, żeby móc porównać oferty w ramach kryterium oceny ofert (cena – 100%). W wyniku przyjęcia przez Odwołującego odmiennego okresu realizacji tej części zamówienia - 16 miesięcy, zamiast 48 miesięcy - oferta Odwołującego stała się nieporównywalna z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu i jako taka podlegała odrzuceniu.

Sposób obliczenia ceny ofertowej był szczegółowo opisany przez Zamawiającego w SIWZ i jako taki nie był kwestionowany przez Odwołującego na etapie SIWZ. Obliczenie ceny ofertowej przez Odwołującego w sposób odmienny od wymogów w tym zakresie, opisanych przez Zamawiającego prowadzi do uznania, że oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny, który nie nadaje się do poprawienia, ponieważ naruszałoby to zasadę

równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Tym samym została wypełniona przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, wskazująca na skuteczne odrzucenie oferty Odwołującego, niezależnie od stwierdzenia, że oferta ta – jako sprzeczna z SIWZ – również podlega odrzuceniu.

W ocenie składu orzekającego Izby bez znaczenia są dywagacje Odwołującego o tym, że cena ostateczna poszczególnych usług, w tym kwestionowanej z poz. 4 załącznika nr 3, nie przekłada się w żaden sposób na realizację umowy. Zgodnie bowiem z treścią SIWZ Zamawiający w tym zakresie – przy realizacji usługi – będzie stosował ceny jednostkowe. Faktycznie zapisy SIWZ na taki sposób rozliczenia umowy wskazują, co potwierdził również Zamawiający. Istotne w sprawie jest jednak, że wskazany w SIWZ sposób obliczenia ceny, przy którym należało uwzględnić ceny ostateczne poszczególnych pozycji, a nie ceny jednostkowe, miał znaczenie – jak wskazano powyżej – dla oceny ofert w kryterium oceny ofert (cena).

W świetle powyższego, skład orzekający Izby uznał, iż ofertę Odwołującego należało odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp i, w następstwie tego odrzucenia, unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp (nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu).

Skład orzekający Izby nie stwierdził naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Naruszenia ww. zasad Odwołujący nie wykazał. Zauważyć należy ewentualne przyjęcie do oceny oferty Odwołującego skutkowałoby naruszeniem tej zasady.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, na podstawie przedłożonego rachunku, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z póź. zm.)

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, z późn. zm.) 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*