

Sygn. akt: KIO/UZP 685/08

WYROK
z dnia 18 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

**Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach* 18.07.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Ekośrodowisko Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Jan Laszuk Z.P.Ch., 41-909 Bytom, ul. Cyryla i Metodego 50** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Sosnowiec – miasto posiadające prawa powiatu – reprezentowana przez Prezydenta Miasta, 41-200 Sosnowiec, al. Zwycięstwa 20** protestu / protestów* z dnia 19.06.2008 r.

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

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Zakładu Usług Komunalnych i Czystościowych mgr Janusz Żanowski, ul. Malinowa 2a, 41-200 Sosnowiec. Nakazuje powtórzenie czynności oceny i wyboru oferty.

2. kosztami postępowania obciąża **Gmina Sosnowiec – miasto posiadające prawa powiatu – reprezentowane przez Prezydenta Miasta, 41-200 Sosnowiec, al. Zwycięstwa 20**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr. (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum: Ekośrodowisko Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Jan Laszuk Z.P.Ch., 41-909 Bytom, ul. Cyryla i Metodego 50,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7600 zł 50 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset złotych pięćdziesiąt groszy) przez **Gmina Sosnowiec – miasto posiadające prawa powiatu – reprezentowanr przez Prezydenta Miasta, 41-200 Sosnowiec, al. Zwycięstwa 20** na rzecz **Konsorcjum: Ekośrodowisko Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Jan Laszuk Z.P.Ch., 41-909 Bytom, ul. Cyryla i Metodego 50,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu udziału w postępowaniu odwoławczym oraz kosztów 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 15 936 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Ekośrodowisko Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Jan Laszuk Z.P.Ch., 41-909 Bytom, ul. Cyryla i Metodego 50.**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na całoroczną konserwację parków w dzielnicy Zagórze przy ul. Braci Mieroszewskich i „Śródula” przy ul. Gen. M. Zaruskiego w Sosnowcu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE nr 2008/S 86 – 117531 z 3.05.2008), w dniu 19 czerwca 2008 r. został wniesiony protest a następnie odwołanie przez Konsorcjum firm Ekośrodowisko Sp. z o.o. z Bytomia i Jana Laszuka Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Zakład Pracy Chronionej z Bytomia.

Złożenie protestu było następstwem powiadomienia w dniu 12 czerwca 2008 r. o wyborze oferty Zakładu Usług Czystościowych i Komunalnych mgr Janusz Żanowski z Sosnowca.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu Gminie Miasta Sosnowiec naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655):

- art. 7 ust. 1 przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji,
- art. 83 w związku z art. 2 pkt 7 przez nieuzasadniony wybór oferty Zakładu Usług Czystościowych i Komunalnych mgr Janusz Żanowski, posiadającej cechy oferty wariantowej z uwagi na podanie w osobnych tabelach różnych cen jednostkowych zamawianych usług mimo, że Zamawiający wymagał sporządzenia jednej tabeli.
- art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia wybranej oferty, jako nie odpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wewnętrznie sprzecznej.

Naruszenie swego interesu prawnego Odwołujący uzasadnił możliwością utraty zamówienia na rzecz podmiotu, którego oferta powinna być odrzucona.

Pismem z dnia 27 czerwca 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie.

Podniósł, że złożenie ofert wariantowych nie było dopuszczalne z mocy prawa, gdyż w tym postępowaniu jedyne kryterium stanowi cena. Wykonawcy zostali upoważnieni do wyceny poszczególnych czynności metodą kalkulacji indywidualnej. Parki, których obsługa jest przedmiotem zamówienia znajdują się w różnych dzielnicach miasta, mają inne powierzchnie i rodzaj nasadzeń, co powoduje zróżnicowane koszty jednostkowe. Dlatego należało złożyć dwa odrębne kosztorysy ofertowe konserwacji każdego z tych obiektów oddzielnie. Suma wynagrodzenia za konserwację obydwu parków, stanowiła cenę ofertową porównywaną z cenami innych ofert. Zamawiający zaznaczył, że kwotą jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia jest 885 190,20 zł. w okresie czteroletnim. W dniu 11 czerwca 2008 r.. Zamawiający protokolarnie ustalił, iż dysponuje środkami zabezpieczającymi finansowanie do kwoty 1 024 433,08 zł (cena oferty wybranej

1 003 078,84 zł.). Podkreślił przy tym, że nie może przeznaczyć na realizację zamówienia kwoty jakiej żąda Odwołujący to jest 1 390 365,48 zł, zatem postępowanie będzie podlegało unieważnieniu, w przypadku uwzględnienia odwołania.

W odwołaniu wniesionym w dniu 2 lipca 2008 r., z kopią przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami:

- 1) o nakazanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Zakładu Usług Czystościowych i Komunalnych mgr Janusz Żanowski i nakazanie odrzucenia tej oferty,
- 2) o nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nie podlegających odrzuceniu,
- 3) ewentualnie o unieważnienie postępowania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej dopuścił i przeprowadził dowody: z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami, protokołu postępowania wraz z załącznikami, oferty wybranej oraz oferty Odwołującego, fragmentów specyfikacji na postępowanie o utrzymanie porządku i czystości w rejonie Pogoń i Zagorze w Sosnowcu nr WGK 3410 –682/08.

Ponadto rozważył stanowiska pełnomocników stron przedstawione do protokołu rozprawy.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił co następuje.

W wyznaczonym terminie do 10 czerwca 2008 r. złożono 3 oferty, z czego jedna została ostatecznie odrzucona. Okres związania ofertą, wynoszący 60 dni uległ zawieszeniu wskutek złożenia protestu. Oferty nadal pozostają zabezpieczone wadium.

Zgodnie z działem I pkt 6.1 SIWZ przedmiotem zamówienia jest usługa obejmująca całoroczną konserwację parku w dzielnicy Zagorze przy ul. Braci Mieroszewskich i parku „Środula” przy ul. Gen. Żaruskiego w Sosnowcu, o ogólnej łącznej powierzchni około 28 ha.

W dziale I pkt 12.1 SIWZ Zamawiający nie dopuścił ofert wariantowych.

W dziale II pkt 8.9 SIWZ jako jedyne kryterium oceny ofert została podana cena oferty.

W dziale III pkt 1.5 SIWZ Zamawiający postanowił, że czynności do wykonania i ich częstotliwość (krotność) w ciągu roku określa tabela nr 2 dla poszczególnych parków, a terminy realizacji prac będą ustalane w zleceniach.

Zgodnie z punktem 1.6 działu III SIWZ, sposób wykonania opisanych w tabeli nr 2 czynności powinien zostać tak wyceniony (skalkulowany) aby zapewnione zostało osiągnięcie wymaganego standardu porządku i czystości. Zamawiający żądał podania w tabeli Nr 1 cen jednostkowych, które uwzględniać będą wszystkie niezbędne koszty do wykonania każdej z wymienionych czynności wraz z kosztami składowania odpadów w miejscu do tego przeznaczonym.

W dziale III pkt 1.11 SIWZ Zamawiający uznał, że wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia nie podlegają odrębnej zapłacie i są uwzględnione w cenie ofertowej.

Z kolei w dziale III pkt 1.13 SIWZ zawarto ogólne zasady obmiaru powykonawczego.

Obmiar będzie określać miejsce, faktyczną ilość czynności koniecznych do wykonania.

Obmiar stanowić będzie dokument podstawowy dla rozliczenia zleconej usługi.

Obmiar sporządzony na podstawie zleceń - przez wykonawcę, będzie podlegał weryfikacji z potwierdzeniem przez inspektora Zamawiającego.

Według punktu 1.15 działu III SIWZ rozliczenie za wykonane usługi odbywać się będzie kosztorysem powykonawczym. Podstawą płatności będzie cena jednostkowa skalkulowana przez wykonawcę za jednostkę obmiarową ustaloną dla danej czynności.

W dziale IV pkt 1.4 SIWZ postanowiono aby treść oferty była jednoznaczna i nie przedstawiała propozycji alternatywnych.

W dziale IV pkt 1.8 SIWZ Zamawiający wymagał dołączenia do formularza oferty wyszczególnionych załączników, w tym załącznika nr 6 składającego się z jednej tabeli nr 1 – ceny jednostkowe za jednorazowe wykonanie określonej czynności oraz dwóch tabel nr 2, zawierających osobne kosztorysy ofertowe dla obydwu parków.

Dodatkowo w punkcie 1.9 działu IV SIWZ zapisano, że Zamawiający bierze pod uwagę tylko dokumenty i oświadczenia wymagane specyfikacją.

W dziale IV pkt 6.1 i 6.2, 6.3, 6.4, 6.5 i 6.6 SIWZ, w odniesieniu do sposobu obliczenia ceny ofertowej wykonawcy zostali zobowiązani do podania cen jednostkowych wszystkich pozycji wyszczególnionych w tabeli nr 1 (ceny jednostkowe za jednorazowe wykonanie określonej czynności) – wyliczonych metodą kalkulacji indywidualnej. Ceny jednostkowe należało podać z dokładnością dwóch miejsc po przecinku.

Zamawiający udzielił poniższej instrukcji.

Wykonawca wyliczy wartość netto poszczególnych pozycji – dla zakresu rzeczowego (Kol. 4) i krotności (kol. 6) wykonywania czynności w ciągu roku, wyszczególnionych w tabelach 2 – kosztorysu ofertowego. Wartości pozycji netto wynikać będą z wymnożenia: zakresu rzeczowego przez krotność i przez cenę jednostkową.

Sumę wartości brutto należało wpisać w wierszu w tabeli nr 2 oznaczonym koszt świadczenia usługi w ciągu jednego roku. Cenę oferty stanowić miała cena czteroletniego kosztu świadczenia usługi w obydwu wyżej wymienionych parkach, wpisana w formularzu oferty.

W załączniku nr 7 do SIWZ, stanowiącym wzór umowy, w punkcie 13.1-13.3 za wykonanie usługi przewidziano wynagrodzenie kosztorysowe wyliczone według cen jednostkowych w przyjętej przez Zamawiającego ofercie wykonawcy – za faktycznie wykonany zakres usługi, według udzielonych zleceń z rozliczeniem fakturami częściowymi - miesięcznymi.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył co następuje.

Z powyższych ustaleń jednoznacznie wynika, że Zamawiający oczekiwał ujednoczonych wycen jednostkowych uśrednionych i skalkulowanych jako jednej ceny, za prace objęte poszczególnymi pozycjami.

Opis czynności jest taki sam, niezależnie od parku, w którym mają być wykonywane.

W ocenie Izby przytoczone postanowienia SIWZ świadczą, że ceny jednostkowe poszczególnych czynności miały być podane w jednej kwocie bez rozbicia na obydwie obsługiwane parki.

Faktem jest, że kalkulacja cen jednostkowych mogła być nieco odmienna, z uwagi na konkretne warunki świadczenia usługi, np. ze względu na odległość transportu dowozu materiałów, czy wywozu odpadów, jednak nie umożliwiło to uśrednienia stawek jednostkowych tych samych czynności dla obydwu parków, w oparciu o wewnętrzną kalkulację wykonawcy. Dokumentacja akt sprawy i opisane wyżej dowody świadczą, że rozliczenia z Zamawiającym miały się odbywać według tych samych stawek, za takie same czynności, niezależnie od obiektu, w którym będą wykonywane. Gdyby SIWZ zezwalała na podanie zróżnicowanych cen jednostkowych takich samych czynności, tabela nr 1 powinna w nagłówku podawać obszar lub część (w przypadku podziału) zamówienia, do którego się odnosi. Tak właśnie Zamawiający uczynił w postępowaniu o utrzymanie porządku i czystości w rejonie miasta – Pogoń i Zagórze (nr WGK 3410–682/08).

Przeprowadzone postępowanie dowodowe i dokumentacja akt sprawy potwierdziła trafność zarzutów Odwołującego, że oferta wybranego wykonawcy nie zawiera jednolitych cen jednostkowych, zatem jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Różnice cen jednostkowych występują w pozycjach 2,3,10,11,23,24,26 obydwu przedłożonych wykazów cen jednostkowych, z których ceny zostały przeniesione do odrębnych kosztorysów ofertowych.

Z ustalonego w SIWZ oraz we wzorze umowy sposobu rozliczeń wynika, że ceny jednostkowe podane jednolicie w jednym załączniku nr 1 w ofercie wybranego wykonawcy, mają stanowić podstawę do bieżących rozliczeń obmiarem powykonawczym, w czteroletnim okresie wykonywania umowy, zatem należą do przedmiotowo istotnych postanowień umowy o zamówienie publiczne, w rozumieniu art. 66 § 1 K.c.

Z wymienionych względów zachodzi podstawa do odrzucenia wybranej oferty, jako że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, czego jednoznacznie dowodzą przytoczone postanowienia specyfikacji, a w szczególności zawartych w dziale III pkt 1.15 i dziale IV pkt 6.2 i we wzorze umowy oraz ich porównanie z dokumentacją kwestionowanej oferty.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący, zatem nie pozostawia Zamawiającemu innej możliwości jak odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż niniejsza sprawa dotyczy złożenia oferty wariantowej, ponieważ sytuacja taka nie zachodzi. Nie został bowiem zaoferowany odmienny sposób wykonania przedmiotu zamówienia.

W tym stanie rzeczy skład orzekający KIO stwierdził, że zarzuty odwołania znajdują potwierdzenie w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakładu Usług Czystościowych i Komunalnych mgr Janusz Żanowski oraz naruszenia art. 7 ust. 3, art. 82 ust. 3 i 91 ust 1 Pzp przez wybór wymienionej oferty.

Skład orzekający KIO natomiast nie może odnosić się do czynności Zamawiającego, które pozostają w sferze jego zamierzeń, a więc zarzut bezprawności ewentualnego unieważnienia postępowania, nie podlegał rozpatrzeniu. Nie oznacza to, że Zamawiający jest pozbawiony możliwości unieważnienia postępowania, jeżeli będą zachodziły przesłanki określone art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, że cena oferty najkorzystniejszej przekroczy kwotę jaką może przeznaczyć na realizację zamówienia. Czynność unieważnienia podlegała by odrębnym środkiem odwoławczym. Należy mieć na uwadze, że finalnie sam Odwołujący, alternatywnie, wnosił o unieważnienie postępowania.

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 i 2 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Za uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika Izba orzekła kwotę 3536,50 zł na podstawie złożonego rachunku zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania Dz. U. 17.128.886)

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*