

Sygn. akt: KIO/UZP 1312/08

WYROK
z dnia 2 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 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 24 października 2008 r.

orzeka:

1. Wobec braku możliwości unieważnienia postępowania z urzędu, uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem jednakowych mnożników cen jednostkowych.

2. Kosztami postępowania obciąża Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Jana z Kolna 8 b, 81-912 Gdynia

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

- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Jana z Kolna 8 b, 81-912 Gdynia** na rzecz **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) 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 **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**.

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

W dniu 12.07.2008 r. Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Jana z Kolna 8 b, 81-912 Gdynia (zwany dalej Zamawiającym), ogłosił postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie usług polegających na utrzymaniu porządku i czystości pomieszczeń budynków, sprzątanie dróg, chodników i placów utwardzonych oraz utrzymanie i pielęgnację terenów zieleni w kompleksach wojskowych administrowanych przez WAK 4 Gdynia Garbówek”. i w tym samym dniu zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych)

Wartość zamówienia oszacowano na 281 273,89 euro.

Zamawiający w dniu 17 października 2008 r. poinformował IMPEL CLEANING Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Odwołujący) o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, tj. ze względu na omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 Prawa zamówień publicznych lub błędy w obliczeniu ceny zawarte w ofercie oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ELWOZ Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Szklana.

W dniu 24.10.2008 r. Odwołujący złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 3.11.2008 r. poprzez jego oddalenie, w tym samym dniu informując o swojej decyzji Odwołującego. Odwołujący w dniu 7.11.2008 r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Odwołujący zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust 1 i 3, art. 24 ust 2 pkt 2 i 3, art. 26 ust 4, art. 88 ust 1 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 5 i 6, art. 91 ust 1 Prawa zamówień publicznych.

Uzasadniając zarzuty, Odwołujący podniósł, że:

1. Zaoferowana przez niego cena została obliczona prawidłowo, z uwzględnieniem wszystkich wymogów stawianych przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a zatem odrzucenie jego oferty jest bezzasadne - niedopuszczalne było podjęcie przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego ze względu na występowanie błędu niepodlegającego poprawieniu w trybie art. 88 Prawa zamówień publicznych. Żadne poprawki zaoferowanej 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 zatem zostać odrzucona oferta przewidująca cenę ryczałtową na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, a Zamawiający jest obowiązany zastosować w takim przypadku dyspozycję art. 88 ust 1 pkt 3 lit. a) ustawy.
2. ELWOZ Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 i 3 Prawa zamówień publicznych, w związku z czym jego oferta winna być przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6.

W pozycji nr 9 wykazu usług załączonych do oferty ELWOZ Sp. z o.o. została wskazana usługa o wartości 128.317,69 zł. Z treści załączonej referencji wynika jednoznacznie, iż ELWOZ Sp. z o.o. była generalnym wykonawcą zadania inwestycyjnego pod nazwą: Budynek biurowy Dyrekcji GEPEC Sp. z o.o., a wartość prac wyniosła 6.544.202,27 zł.

Treść załączonej referencji z żaden sposób nie potwierdza, że ELWOZ Sp. z o.o. wykonała na rzecz Zamawiającego tj. Gdańskiego Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. usług tożsamych z przedmiotem zamówienia tj. sprzątnięcia codziennego 5 dni w tygodniu powierzchni biurowych, sanitarnych i socjalnych, sprzątnięcia codziennie terenu utwardzonego oraz wykonywanie czynności pielęgnacyjnych (łącznie z aeracją i wertykulacją) terenów zielonych. W związku z powyższym nie może zostać ona uznana za referencję potwierdzającą posiadanie doświadczenia w realizacji prac porządkowo-czystościowych. Ponadto Odwołujący wskazał, iż zgodnie z treścią referencji wartość prac wyniosła ponad 6 mln, tymczasem Wykonawca w wykazie usług podał kwotę 128317,69zł (Odwołujący stwierdził, iż brak było podstaw do ustalenia kwoty w tej właśnie wysokości).

Odwołujący podniósł również, że analogiczna sytuacja wystąpiła w pozycjach nr 10,11,12,13 i 14, gdzie w tych ostatnich mowa jest o „zagospodarowaniu terenu” (litera g Zakresu prac), a takiej usługi, mając na uwadze tytuł referencji i dane techniczne obiektu, nie można uznać jako czynności pielęgnacji terenu zieleni, a jedynie jako zagospodarowanie terenu po budowie.

Odwołujący wskazał również, że w referencjach załączonych do wykazu brak jest informacji o terminie realizacji prac, szczegółowym zakresie czynności oraz wartości zamówienia, co powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, że z załączonego wykazu usług tylko jedna referencja potwierdza (terminowo, kwotowo i rzeczowo) zakres prac realizowanych przez firmę ELWOZ Sp. z o.o. (pozycja nr 2 wykazu). Jednakże wartość oferowanych prac zamyka się w kwocie 659.655,82 i nie może w świetle zapisów Rozdziału VI litera g) potwierdzać posiadanej wiedzy i doświadczenia w zakresie prac porządkowo-czystościowych.

Odwołujący podsumowując swoje wywody odnośnie wykluczenia ELWOZ Sp. z o.o. z postępowania stwierdził, że wykonawca ten złożył w ofercie przetargowej nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik postępowania, co w związku z powyższym winno skutkować jego wykluczeniem z przetargu na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 oraz odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 5 Prawa Zamówień Publicznych.

Wskazując na powyższe uchybienia Zamawiającego Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wyboru oferty Wykonawcy ELWOZ Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
- 3) wykluczenie Wykonawcy ELWOZ Sp. z o.o. oraz odrzucenie jego oferty,
- 4) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Zamawiający nie zgodził się z podniesionymi zarzutami, i wskazał, iż Odwołujący swoje twierdzenia odnośnie braku podstaw odrzucenia jego oferty oparł na błędnym przeświadczeniu, że wymagana i oferowana cena ma charakter ryczałtowy.

Tymczasem w ocenie Zamawiającego cena postępowania nie jest ceną ryczałtową. Zamawiający, z uwagi na nieprzewidywalność warunków zimowych, przewidział bowiem w SIWZ oraz w projekcie umowy możliwość występowania różnych warunków zimowych i ze względu na ich intensywność przewidział zróżnicować cenę. Zażądał też ażeby wartość oferty została wyliczona za okres 48 miesięcy.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wykluczenia ELWOZ Sp. z o.o. z postępowania, Zamawiający wskazał, iż ELWOZ Sp. z o. o. w załączonym do swojej oferty "wykazie

wykonanych usług" zaprezentowała zgodną z SIWZ ilość wykonanych usług podając ich wartość, datę i miejsce wykonania a z załączonych dokumentów wynika, iż usługi te zostały wykonane należycie. Przyjmując nawet argumentację Protestującego, że pozycja nr 9 wykazu - usługa realizowana na rzecz GEPEC Sp. z o.o. nie spełnia warunków SIWZ w zakresie utrzymania w czystości pomieszczeń, to i tak - zgodnie z pozycjami 5, 6, 7 tegoż wykazu - oferta firmy ELWOZ Sp. z o. o. jak najbardziej odpowiada treści SIWZ. Tak więc w ocenie Zamawiającego oferta firmy ELWOZ Sp. z o. o. jest zgodna z SIWZ i nie podlega odrzuceniu.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

A. Izba na wstępie odniosła się do zarzutu dotyczącego wykluczenia wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił, iż Zamawiający w SIWZ w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymagał wykazania się odpowiednim doświadczeniem, które należało udokumentować załączając do oferty potwierdzony referencjami wykaz wykonanych usług (część VI pkt 1 lit. g SIWZ) – należało przedłożyć „wykaz wykonanych usług (po 1 usłudze dla: utrzymania w czystości pomieszczeń, pielęgnacji i utrzymania w czystości terenów zieleni, utrzymania w czystości terenów utwardzonych, utrzymania w czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym) w ciągu ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy-w tym okresie, z podaniem ich wartości (minimum 50% wartości składanej oferty dla każdej z usług prezentowanych w wykazie) oraz daty i miejsca wykonania wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tych usług”.

ELWOZ Sp. z o.o. przedłożyła wykaz 15 usług, z których Odwołujący zakwestionował w proteście pozycje od 9 do 14. Zastrzeżenia Odwołującego dotyczyły rozmaitych aspektów usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia, poczynając od sposobu ustalenia ich wartości, a kończąc na okoliczności, że referencje nie potwierdzały wszystkich informacji zawartych w wykazie (brak m.in. informacji o terminie realizacji prac). Odwołujący skonkludował swój wywód, konstatując, że wykonawca ELWOZ Sp. z o.o. podał w swojej ofercie informacje nieprawdziwe, które miały wpływ na wynik postępowania, zatem winien być wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby odnosząc się do tego zarzutu uznał, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

Po pierwsze, nie ma podstaw, aby uznać, aby wykonawca ELWOZ Sp. z o.o. złożył nieprawdziwe informacje – niewykluczone, że zakwestionowane pozycje wykazu mogłyby budzić wątpliwości wobec niepełności informacji odnoszących się do tychże pozycji, zamieszczonych w referencjach, jednak Zamawiający słusznie uznał, że nie zaistniała potrzeba wzywać do wyjaśnień czy uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 Prawa zamówień publicznych, jeżeli stwierdził, iż pozostałe pozycje wykazu wraz z załączonymi do niego referencjami w pełni spełniały wymagania Zamawiającego. Zamawiający oświadczył w rozstrzygnięciu protestu i oświadczenie w tym zakresie podtrzymał na rozprawie, że warunek udziału w postępowaniu został potwierdzony przez wykonawcę ELWOZ sp. z o.o. w pozycjach 5, 6, 7 wykazu. Okoliczności tej Odwołujący w żaden sposób nie podważył.

Po drugie, gdyby nawet Odwołujący wykazał, że ELWOZ Sp. z o.o. złożył nieprawdziwe informacje w pozycjach od 9 do 14 (czego Odwołujący jednak nie uczynił), to i tak nie miałyby one wpływu na wynik postępowania, bowiem pozycje 5-7 w pełni potwierdzały według Zamawiającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a skoro tak – nie było przesłanki wykluczenia ELWOZ Sp. z o.o. z postępowania w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 2 i 3 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższego Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 2 i 3 Prawa zamówień publicznych.

B. Odwołujący zakwestionował podstawy odrzucenia swojej oferty – Zamawiający twierdził, że ofertę należało odrzucić, bowiem zawierała błąd w obliczeniu ceny.

Aby odnieść się do tego zarzutu, Izba przeanalizowała zarówno postanowienia SIWZ odnoszące się do obliczenia ceny, jak i postanowienia projektu umowy dotyczące wynagrodzenia za realizację przedmiotu umowy. Wobec okoliczności, że Odwołujący zarzucał również Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, Izba musiała przeanalizować również sposób, w jaki wszyscy wykonawcy dokonali obliczeń ceny oferty.

I. Sposób obliczenia ceny.

Wykonawcy mieli złożyć ofertę na formularzu, którego wzór stanowił Załącznik nr 1 do SIWZ. Zgodnie z Zał. nr 1, wykonawca składał oświadczenie woli, z którego wynika, że “składam ofertę zgodną z przedmiotem zamówienia za cenę: (...)”

Niżej w formularzu cenowym należało podać: ceny netto i brutto, jakie oferuje wykonawca za każdą z usług świadczonych w ramach zamówienia, to jest oddzielnie za utrzymanie

w czystości obiektów kubaturowych, utrzymanie w czystości terenów zielonych, utrzymanie w czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym oraz sumę cen określonych w ww. pozycjach.

Wbrew literalnemu brzmieniu pkt. 5 formularza cenowego („razem suma pozycji 1+2+3+4”) kwota wpisana tamże nie mogła zostać obliczona poprzez zsumowanie wymienionych wyżej pozycji, lecz skalkulowana w sposób wynikający z załącznika nr 3 do siwz zatytułowanego „formularz cenowy – kalkulacja”. Taka intencja Zamawiającego wydaje się wynikać bowiem z postanowień części VIII SIWZ „Sposób obliczenia ceny oferty” - „Podstawą do obliczenia ceny oferty jest formularz cenowy, (...) który należy załączyć do oferty”.

Cena oferty była jedynym kryterium oceny ofert (zgodnie z częścią XI SIWZ).

Sposób obliczenia ceny za świadczenie usług w okresie zimowym budził wątpliwości wykonawców – jeden z uczestników postępowania zadał Zamawiającemu pytanie sformułowane następująco:

„Uważam, że formularz cenowy – kalkulacja (załącznik nr 3) jest nieprawidłowy. Według specyfikacji okres zimowy liczony jest od 1 listopada do 31 marca (4 miesiące) to dlaczego w tabelce trzeba podać cenę terenów utwardzonych w okresie pozazimowym za 48 m –cy, powinno być za 32 miesiące.”

Z nagłówka kolumny nr 4 i 5 tabeli nie wynikało co prawda wprost, aby Zamawiający wymagał pomnożenia odpowiedniej wartości przez „48”, jednak dla wykonawcy zadającego pytanie taka operacja wydawała się być oczywista (co wynika z treści pytania – wykonawca wskazuje w nim, że mnożenie wartości usługi utrzymania czystości w okresie zimowym przez 48 miesięcy prowadzi do zawyżenia wartości całości świadczonej usługi).

Zamawiający na pytanie wykonawcy udzielił w dn. 31.07.2008 r. odpowiedzi (w aktach sprawy) o treści:

„W formularzu cenowym - kalkulacji (zał. 3) w poz. 3 – Tereny utwardzone Zamawiający wymaga przedstawienia ceny i wartości usługi utrzymania w czystości terenów utwardzonych bez uwzględnienia tzw. warunków zimowych opisanych w Specyfikacji technicznej rozdział IV tj. zima lekka, średnia , ciężka.”

Z zacytowanej odpowiedzi nie wynika, dlaczego Zamawiający przyjął w formularzu cenowym dla usługi sezonowej (utrzymania czystości w okresie zimowym) konieczność obliczenia wartości zamówienia za 48 miesięcy – a wykonawca w zapytaniu poddał w wątpliwość taką konieczność. Zamawiający w SIWZ podał (strona 7 załącznika nr 4 „Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru”), iż utrzymanie czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym „obejmuje okres od 1 listopada do 31 marca” – tzn. przez 16 miesięcy trwania umowy.

Należy zauważyć, że odpowiedź Zamawiającego w żaden sposób nie rozwiewa wątpliwości wyrażonych w pytaniu, a jedynie wyjaśnia, że poz. 3 tabeli formularza cenowego (4 wers tabeli) „tereny utwardzone” nie obejmuje tzw. warunków zimowych.

Zamawiający w dn. 25.08.2008 r. przekazał uczestnikom postępowania zmodyfikowany załącznik nr 3 – modyfikacja polegała na:

- 1) wprowadzeniu do tabeli w pozycji 3 zamiast dotychczasowej „nazwy obiektu” - „tereny utwardzone” – zastąpiono „tereny utwardzone poza zimą”;
- 2) wprowadzenie do tabeli pozycji nr 4 „tereny utwardzone w okresie zimowym**”;
- 3) pod tabelą wprowadzono objaśnienie następującej treści: „*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.”

II. Projekt umowy.

Z projektu umowy wynika, iż termin realizacji zamówienia wynosić będzie 48 miesięcy od daty podpisania umowy (§ 2 ust. 1).

Co prawda, z postanowień SIWZ nie wynika to wprost, ale wydaje się, że cena oferty obliczona w formularzu cenowym w intencji Zamawiającego ma być nieprzekraczalną kwotą, stanowiącą górną granicę wynagrodzenia wykonawcy, wpisaną do § 4 ust 1 (zgodnie z załączonym do SIWZ projektem umowy) jako „ogólna wartość umowy brutto” (w SIWZ brak podstaw ustalenia tejże kwoty w inny sposób).

W § 4 ust. 2 projektu umowy wskazano, że „wynagrodzenie określone w ust.1 zostało ustalone w oparciu o ofertę, złożoną przez Wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”.

Do umowy, oprócz „ogólnej wartości umowy brutto” będą przeniesione kwoty z pozycji 1-3 kolumny 2 „ceny jednostkowe netto” oraz ceny z pkt 4 pod tabelą, obliczone dla 1 m² (w pkt 4 podano ceny dla 100 m²) – tj. zryczałtowane jednostkowe ceny utrzymania w czystości określonej jednostki powierzchni (1 m² bądź 100 m² w zależności od rodzaju powierzchni). Te ostatnie ceny będą podstawą rzeczywistych rozliczeń pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą; jeżeli powierzchnia przewidziana do oczyszczania będzie zmniejszona, wynagrodzenie zostanie skalkulowane odpowiednio do zmniejszonego obszaru (§ 10 ust. 4 projektu umowy), Zamawiający dopuszcza również – co wynika z pkt. 10 załącznika nr 4 do SIWZ - zwiększenie powierzchni utrzymywanej w czystości. Nie wskazano, jaki charakter ma w kontekście ewentualnych zmian wysokości wynagrodzenia „ogólna wartość umowy brutto”.

III. Sposób obliczenia ceny w złożonych w postępowaniu ofertach.

W postępowaniu złożono 4 oferty, trzy z nich, w tym ofertę Odwołującego odrzucono.

Wobec różnych podstaw faktycznych odrzucenia, nie stwierdzono naruszenia art. 7 Prawa zamówień publicznych.

Również z innych czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu nie wynika, aby traktował on wykonawców w sposób zróżnicowany. Nierówne traktowanie wykonawców można byłoby stwierdzić wówczas, gdyby przy identycznych (bądź bardzo podobnych) stanach faktycznych dotyczących obu uczestników postępowania Zamawiający dokonał innych czynności, a taka sytuacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie miała miejsca. Należy zauważyć, że zarówno oferta Odwołującego, jak i oferta Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum Dozorbud została odrzucona ze względu na brak pomnożenia w pozycji 4 formularza cenowego przez „48”: Odwołujący dla dalszych obliczeń przyjął iloczyn uzyskany w wyniku mnożenia przez „16”, natomiast Konsorcjum Dozorbud – nie dokonało mnożenia przez ilość miesięcy, lecz przyjęło dla dalszych obliczeń cenę w skali jednego miesiąca.

Wobec powyższego, Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 7 Prawa zamówień publicznych.

Aby się odnieść do zasadniczego zarzutu odwołania, tj. braku podstaw odrzucenia oferty, Izba musiałaby stwierdzić, jaki sposób obliczenia ceny jest właściwy – tj. czy w pozycji 4 tabeli w kolumnie 4 „wartość zamówienia za 48 miesięcy”, należało obliczyć cenę utrzymania w czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym w skali

- 1) 1 miesiąca – jak wynikałoby z językowej wykładni objaśnienia pod tabelą,
- 2) 16 miesięcy – jak nakazywałby logika i wyliczenie ilości miesięcy uważanych przez Zamawiającego za zimowe na podstawie danych zawartych w SIWZ,
- 3) 48 miesięcy – jak wynikałoby z nagłówka kolumny 4 i 5 tabeli w brzmieniu „wartość zamówienia za 48 miesięcy” oraz z intencji Zamawiającego, które należy brać pod uwagę w sposób szczególny, jako wykładnię autentyczną postanowień SIWZ.

W ocenie Izby na podstawie danych zawartych w dokumentacji postępowania nie można udzielić jednoznacznej odpowiedzi w tym zakresie. Wydaje się, że intencją Zamawiającego było przemnożenie przez 48 miesięcy – wskazuje na to nagłówek kolumny 4 i 5 oraz, pośrednio, uznanie, że oferta złożona przez ELWOZ Sp. z o.o., w której dokonano mnożenia przez 48 miesięcy, została uznana za niepodlegającą odrzuceniu (tj. nie zawierającą błędów w obliczeniu ceny).

Równocześnie należy zauważyć, że Zamawiający jako podstawę oszacowania wartości zamówienia dla okresu zimowego przyjął okres 16 miesięcy w ciągu 4 lat (dokument „Wyliczenie szacunkowej wartości zamówienia(...)” w aktach sprawy).

Trzeba również zwrócić uwagę, że w SIWZ brak konsekwencji odnośnie wyceny utrzymania czystości na „terenach utwardzonych poza zimą” – z załącznika nr 4 do SIWZ (strona 9 załącznika nr 4) wynika, że Zamawiający rozróżnia następujące warunki w okresie zimowym tj od listopada do marca:

- zima lekka, średnia ciężka – zima z opadami śniegu,
- warunki pozazimowe – zima bez opadów śniegu.

Takie rozróżnienie wynika także z wyliczenia cen jednostkowych w zależności od warunków i rodzaju powierzchni pod tabelą w formularzu cenowym (a dokładnie z pkt. 4).

Wynika również z pkt 1-4 pod tabelą w załączniku nr 3, iż należy osobno wycenić utrzymanie czystości na terenach utwardzonych w okresie pozazimowym (pkt 3), a osobno – utrzymanie czystości na terenach utwardzonych w okresie zimowym, lecz przy warunkach pozazimowych (pkt 4 tiret czwarty).

Natomiast w projekcie umowy brak takiego podziału; mowa natomiast o okresie „pozimowym” (§ 4 ust. 1 pkt. d). Mało tego, również formularz cenowy w tabeli, będącej – co zasadniczo było między Stronami bezsporne – podstawą ustalenia ceny, nie zawiera odzwierciedlenia tego podziału: dla obliczenia ceny w pozycji „tereny utwardzone w okresie zimowym” bierze się pod uwagę tylko ceny dla zimy lekkiej, ciężkiej i średniej; brak uwzględnienia w tej cenie „warunków pozazimowych”; przy czym nie ma jasności, czy pozycję „warunków pozazimowych” należy ująć w wersji 3 tabeli „tereny utwardzone poza zimą”. Dla obliczenia ceny w wersji 3 tabeli wszyscy wykonawcy przyjęli jako podstawę cenę z pkt. 3 pod tabelą, a zatem do obliczenia ceny, będącej podstawą oceny ofert, koszt utrzymania czystości na terenach utwardzonych w okresie zimowym, lecz przy warunkach pozazimowych, w ogóle nie został uwzględniony.

Zamawiający nie określił jednoznacznie, w jaki sposób ma się cena obliczona dla celów porównania ofert (cena ofertowa), która będzie przeniesiona do § 4 ust. 1 jako „ogólna wartość umowy” do rzeczywistej wartości umowy, która będzie wynikała z miesięcznych rozliczeń (jeżeli wielkość powierzchni ulegnie zwiększeniu, „ogólna wartość umowy” przynajmniej teoretycznie, mogłaby zostać przekroczona).

Powyższe okoliczności powinny skutkować unieważnieniem postępowania przez Zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Prawa zamówień publicznych, ponieważ postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, jako że Zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy oraz miało miejsce naruszenie przepisów, które wpłynęło na wynik postępowania (brak uwzględnienia w cenie ofertowej wszystkich czynników mających wpływ na obliczenie ceny oferty, niejednoznaczne sformułowania SIWZ co do sposobu obliczenia ceny, przez co oferty stały się nieporównywalne).

W dniu 24.10.2008 r. weszła w życie ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (dalej: ustawa nowelizacyjna). Zgodnie z art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg, stosuje się przepisy działu VI Prawa zamówień publicznych, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą – w art. 191 ust. 3 Prawa zamówień publicznych skreślono zdanie drugie, a zatem w obecnym stanie prawnym Krajowa Izba Odwoławcza nie może z urzędu unieważnić postępowania, a wniosek w tym zakresie w postępowaniu odwoławczym przez Odwołującego nie został złożony.

W takiej sytuacji, wobec okoliczności ustalonych w postępowaniu odwoławczym, Izba musi na podstawie art. 191 ust. 1 a i ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych uwzględnić odwołanie i nakazać powtórzenie czynności badania i oceny ofert (z uwzględnieniem jednakowych mnożników cen jednostkowych).

Odwołujący bowiem kwestionował podstawę odrzucenia swojej oferty – twierdził, że nie zaistniała przesłanka wymieniona w art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych – i zarzut ten, mimo błędnej argumentacji oraz niewłaściwych wniosków z niej płynących (Odwołujący twierdził, że cena jest ryczałtowa, zatem podano ją prawidłowo bez względu na sposób jej obliczenia, co Zamawiający powinien przyjąć na podstawie art. 88 ust 1 pkt 3 lit a Prawa zamówień publicznych), jest co do istoty zasadny. Co prawda, zgodnie z przywołaną wyżej ustawą nowelizacyjną powoływany przez Odwołującego art. 88 nie obowiązuje (został skreślony), jednak składając protest 24 października, Odwołujący mógł się domagać na podstawie znowelizowanego art. 87 ust. 2 pkt 2 względnie 3 Prawa zamówień publicznych poprawienia w swojej ofercie omyłek (stosowanie tego przepisu jest obowiązkiem, a nie prawem Zamawiającego). Zamawiający bowiem dokonywał czynności badania i oceny ofert jeszcze w starym stanie prawnym, lecz Odwołujący kwestionuje czynność Zamawiającego już w nowym stanie prawnym, a zatem w ocenie Izby może korzystać z dobrodziejstw znowelizowanego art. 87 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z brzmieniem przepisów przejściowych (art. 4 ust. 1 ustawy nowelizacyjnej).

Podsumowując, podstawą rozstrzygnięcia jest treść zarzutu objętego protestem i odwołaniem, a nie żądania czy wnioski z niego wynikające - dlatego nie można zaakceptować twierdzeń Zamawiającego zaprezentowanych na rozprawie, który wskazywał, że Izba może dokonywać rozstrzygnięć tylko w granicach zarzutów utożsamianych przez Zamawiającego z żadaniami i wnioskami odwołania. Jak zaznaczono już powyżej, zasadniczo postępowanie powinno być unieważnione, jednak Izba nie może tego nakazać, a biorąc pod uwagę istotę zarzutu w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego – skoro Izba uznała, iż brak było podstaw odrzucenia oferty Odwołującego (wobec niejednoznacznych

wskazówek dotyczących sposobu kalkulacji ceny), Izba musiała w zw. z art. 191 ust. 1 a Prawa zamówień publicznych uwzględnić zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, a w konsekwencji, w zw. z art. 191 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, nakazać powtórzenie badania i oceny ofert.

Jeżeli Zamawiający zdecyduje się powtórzyć, mimo zaistnienia podstaw unieważnienia postępowania, czynność badania i oceny ofert, powinien, o ile to możliwe, po pierwsze ustalić - z poszanowaniem art. 7 Prawa zamówień publicznych, tj. z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz biorąc pod uwagę cel postępowania, czyli wybór oferty najkorzystniejszej (tzn. w niniejszym postępowaniu: z najniższą ceną) - w jaki sposób powinny być mnożone zryczałtowane ceny jednostkowe w każdym wersie formularza cenowego (przez 1 miesiąc, 16 miesięcy czy 48 miesięcy) oraz, po drugie, dokonać takich przeliczeń w złożonych ofertach, jakich z całą pewnością dokonaliby wykonawcy, gdyby Zamawiający w SIWZ jednoznacznie określił mnożniki.

Izba odnosząc się do zagadnienia, jak charakter mają ceny podawane w badanym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ustaliła ponad wszelką wątpliwość, że ceny jednostkowe miesięczne są cenami ryczałtowymi, natomiast cena obliczona dla porównania ofert takiego charakteru nie ma – i w poprzednim stanie prawnym należałoby ewentualnie do poprawienia omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny zastosować art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. c i ust. 2 Prawa zamówień publicznych. W obecnym stanie prawnym Zamawiający zobowiązany jest zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych – należy zauważyć, że treścią oferty w istocie są wyłącznie ryczałtowane ceny jednostkowe, bowiem one będą podstawą rozliczeń podczas realizacji zamówienia; uwzględnienie konsekwencji wynikających z zastosowanych mnożników nie spowoduje zatem istotnych zmian w treści oferty.

Reasumując, Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, a pozostałe zarzuty oddaliła.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty zastępstwa Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), bowiem jest to maksymalna kwota, określona przez § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886).

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:

.....

.....