

Sygn. akt: KIO 1723/13

WYROK
z dnia 30 lipca 2013r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2013r. przez wykonawców: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. 53-238 Wrocław, ul Ostrowskiego 7 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Wrocław reprezentowana przez Ekosystem Sp. z o.o. ul. Michalczyka 23; 53-633 Wrocław

orzeka:

1 oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. 53-238 Wrocław, ul Ostrowskiego 7 i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. 53-238 Wrocław, ul Ostrowskiego 7 tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. 53-238 Wrocław, ul Ostrowskiego 7 na rzecz Gmina Wrocław reprezentowana przez Ekosystem Sp. z o.o. ul. Michalczyka 23; 53-633 Wrocław kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

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 we Wrocławiu

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W dniu 15 lipca 2013r. pismem z dnia 15.07.2013r. wpłynęło odwołanie w zakresie dotyczącym zadania nr 2 –Śródmieście oraz Zadania Nr 5 – Psie Pole ze sformułowaniem następująco zarzutem:

1. Zaniechania poprawienia w ofercie odwołującego omyłki w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. –Prawo zamówień publicznych – Dz. U. 2 010r. j.t. Nr 113 poz.759 zwanej dalej „ustawą”,
2. Odrzucenia oferty odwołującego,
3. Unieważnienie postępowania na zadanie nr 2 – Śródmieście,
4. Wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Higieny Komunalnej Transformers Wrocław sp. z o.o. ul. Atramentowa 10; Bielany Wrocławskie; 55-040 Kobierzyce w zakresie zadania nr 5 –Psie Pole.

Zaskarżonej czynności zarzucono naruszenie:

1. Art.87 ust.2 pkt 3 w związku z art.89 ust.1 pkt 2 i art.7 ust.1 ustawy poprzez błędne uznanie, że oferta odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) i niemożliwe jest jej poprawienie w trybie art.87 ust.2 pkt 3 ustawy podczas gdy treść oferty zawierała inne omyłki podlegające poprawieniu jako niezgodności oferty z SIWZ , niepowodujące istotnych zmian w treści oferty , które to omyłki zamawiający był zobowiązany poprawić ; w konsekwencji doszło do naruszenia:
2. Art.93 ust.1 pkt 1 ustawy poprzez unieważnienie postępowania w zakresie zadania nr 2 – Śródmieście oraz
3. Art.26 ust.3 ustawy w zw. z art.87 ust.2 pkt 3 w zw. z art.89 ust.1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia dokumentów wymaganych przez zamawiającego i uznanie, że oferta odwołującego pomimo ich uzupełnienia podlega odrzuceniu.

Stosownie do przedstawionych zarzutów przedstawiono żądania takie jak:

1. Nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 2 – Śródmieście;
2. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 5 –Psie Pole.

3. Nakazanie zamawiającemu poprawienia oferty odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania;
4. Nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny i badania oferty odwołującego oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego w zakresie zadania 2- Śródmieście i zadania nr 5 – Psie Pole.

W uzasadnieniu odwołujący między innymi wskazał, że zamawiający był zobowiązany do uzupełnienia brakujących pozycji w ofercie odwołującego – w załączniku nr III B w pkt 2-7 oraz w załączniku nr III E w pkt 2-7 zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

(...) Zamawiający powinien przyjąć taką samą cenę jednostkową dla pozycji cząstkowych, jak dla pozycji głównej, na które zostały one rozbite. Pozycje te bowiem dotyczą tej samej usługi, wykonywanej jedynie w różnej kolejności (I, II, III) w zależności od potrzeb zamawiającego (...).

(...) Zamawiający dysponuje instrumentami umożliwiającymi mu samodzielnie poprawienie oferty Wykonawcy. Zważyć bowiem należy, że zgodnie z zapisami rozdziału III "Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia" prace określone w poz. 2 „Akcja zimowego oczyszczania” (wykazu w pierwotnej wersji i poz. 2-4 w zmienionej wersji) zostały wyszczególnione przez Zamawiającego jedynie z uwagi na kolejność ich wykonania. Różnice pomiędzy poszczególnymi- zmienionymi pozycjami: -Akcji zimowego oczyszczania I kolejność, -Akcji oczyszczania II kolejność, -Akcji oczyszczania III kolejność, nie są związane z technologią ich wykonania, czy idącymi za tym nakładami, jakie musi ponieść Wykonawca” (...). Podobnie obowiązek poprawienia oferty odwołujący komentuje w stosunku do oczyszczania jezdni w technologii zamiennej, gdzie również jak i w akcji zimowego oczyszczania przewidziano trzy kolejności oczyszczania. Podsumowując według odwołującego zamawiający powinien poprawić ofertę, ponieważ za dokonaniem rozbitcia jednej usługi na kolejne pozycje, nie idzie zmiana wysokości tych cen. (...)” Różnica jaka zachodzi między tymi cenami, tak w przypadku cen wskazanych poz. 2 (wykazu pierwotnej wersji), rozbitych na ceny jednostkowe w poz. 2-4, jak i w przypadku cen wskazanych w poz. 3 (wykazu w pierwotnej wersji)

, rozbitych na ceny jednostkowe w poz. 5-7, związana jest jedynie z kolejnością wykonywania prac, nie zaś ich materia.” (...)

„Konkludując, Zamawiający zobowiązany jest poprawić przedmiotową omyłkę w ofercie WPO ALBA S.A. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez wpisanie w Załączniku nr IIIB i IIIE dla pozycji „Akcja zimowego oczyszczania II kolejność”, „Akcja oczyszczania III kolejność” cenę jednostkową wskazaną przez Wykonawcę w ofercie dla pozycji „Akcja zimowego oczyszczania” (...)

Według odwołującego podobną metodę poprawienia omyłki powinien zastosować zamawiający w stosunku do „Oczyszczania jezdni w technologii zamiennej” to jest stosując te samą metodę podziału na trzy kolejności z zastosowaniem tej samej ceny jednostkowej.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Izba ustaliła

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 maja 2013r. pod poz. 2013/S 091-155001 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Przedmiot zamówienia określono: Całoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie Gminy Wrocław z podziałem na 5 zadań; zadanie nr 1: Stare Miasto, zadanie nr 2 – Śródmieście, zadanie nr 3 –Krzyki, zadanie nr 4 –Fabryczna, zadanie nr 5 –Psie Pole.

Zgodnie z treścią odwołania dotyczy ono czynności odrzucenia oferty na zadanie Nr 2 czyli Śródmieście i na zadanie Nr 5 czyli Psie Pole.

Na rozprawie pełnomocnicy stron złożyli w sprawie w szczególności następujące wyjaśnienia, oświadczenia do protokołu i zawnioskowali przeprowadzenie dowodów z dokumentów.

Na rozprawie odwołujący przyznał, że błędy, które są w ofercie odwołującego wynikają z okoliczności, iż odwołujący przy składaniu oferty nie uwzględnił zmiany formularza cenowego, zmiana ta została dokonana przez zamawiającego w dniu 21.06.2013 r. a pismo to zostało przesłane do odwołującego faxem. Formularz cenowy, który jest przedmiotem oceny a w efekcie przyczyną odrzucenia oferty odwołującego nazywa się „Zestawienie kosztów zadania” zał. do SIWZ nr IIIb jeżeli chodzi o Śródmieście i IIIe jeśli chodzi o Psie Pole.

Odwołujący przyznaje, że nie zastosował ostatniej zmiany formularzy odnoszących się do wprowadzenia trzech kolejności wykonywania usługi. Odwołujący podtrzymuje argumentację z odwołania, że zamawiający powinien w trybie art.87 ust.2 pkt 3 ustawy dokonać z urzędu poprawienia złożonej oferty. Według wyliczeń odwołującego oferta uległaby zmianie tj wzrósł by jej koszt o około 260 tys. zł.

Odwołujący powołał się na wieloletnią praktykę oczyszczania ulic w czasie zimy, którą wykonuje od 60 lat i cały czas funkcjonował podział oczyszczania ulic na 3 kategorie, pierwsza oczyszczanie bez wzywania wykonawcy i druga oraz trzecia na odrębne zlecenie. Druga i trzecia kategoria była oczyszczana na odrębne zlecenie przy czym trzecia kategoria

to najbardziej odległe od centrum boczne uliczki. Natomiast, jeżeli chodzi o zakres, rodzaj czynności to one we wszystkich kategoriach między sobą nie różniły się. Koszty uprzątnięcia tych ulic są tożsame.

Tak to oceniał na rozprawie odwołujący. Przyznał również, że pismem z 21.06.2013 r. zamawiający poinformował, że powinny być odrębne stawki na poszczególne kategorie ulic. Stawka odnosiła się do metrażu. Nie stosując przesłanego przy piśmie z 21.06.2013 r. nowego wzoru formularza zestawienie kosztów zadania nie uwzględniono wprowadzonej przez zamawiającego zmiany polegającej na wyodrębnieniu 3 kategorii grup ulic. Czyli w efekcie odwołujący podał jedną kategorię ulic z jedną stawką. Natomiast odwołujący stwierdził, że z żadnej korespondencji zamawiającego nie wynikało, że przez wprowadzenie 3 kategorii ulic oczekuje od wykonawców aby odrębnie wycenili koszt sprzątnięcia metra kwadratowego ulicy w zależności od kategorii ulicy.

Dalej odwołujący powoływał się na okoliczność, że wielkość przedmiotu zamówienia nie uległa zmianie poprzez przeniesienie kolejności 2 i 3 do zestawienia kosztów zadania. W ocenie odwołującego zaistniała w zestawieniu kosztów omyłkę należało zakwalifikować tak jak omyłkę ilości, ponieważ koszt sprzątnięcia za 100 m² jest jednakowy zarówno w kolejności 2 jak i 3 wykazów ulic. Uważa, że zamawiający powinien dodać pozycje gdzie uwzględniłby powierzchnię ulic 2 i 3 kolejności sprzątnięcia stosując stawkę za 100 m² tak jak przy sprzątnięciu ulic 1 kolejności. Odwołujący wyjaśnił, że jest to oczywista omyłka, pracownik wypełnił zły formularz. Natomiast kalkulację wykonywano dla całej powierzchni ulic określonej w SIWZ, tym bardziej, że czynności wykonujemy od szeregu lat i zakres nie uległ zmianie. Wg wyliczeń w przypadku gdyby zamawiający dokonał poprawienia oferty to i tak ona w obydwu zadaniach tj zadania nr 2 Śródmieście i zadanie nr 5 Psie Pole oferta odwołującego byłaby najkorzystniejsza. Wskutek odrzucenia oferty odwołującego w zadaniu nr 2 postępowanie zostało unieważnione, ponieważ byliśmy jedynym wykonawcą, który złożył ofertę, na zadanie nr 5 została wybrana firma TRANSFORMERS. Te same błędy popełniliśmy w zadaniu 4 na Fabryczną i również oferta została odrzucona niemniej nie składamy odwołania ponieważ zajmujemy dalszą pozycję, zmiana w tym zakresie nie dawałaby szansy uzyskania zamówienia.

Zamawiający na rozprawie w szczególności wyjaśnił i oświadczył. - wnosi o przeprowadzenie dowodu z pisma z 8.07.2013 r. w którym to zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty. W ocenie zamawiającego nie można uznać za tożsame czynności sprzątnięcia ulic 1, 2 i 3 kolejności, ponieważ nie są to tożsame czynności. Pierwszą różnicą, którą wskazał odwołujący jest to, że ulice 1 kolejności są sprzątnięte z inicjatywy wykonawcy, a ulice 2 i 3 kolejności na zlecenie. Wynika to z rozdz. III pkt 2.10 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia. Podział dróg wg kolejności wynika z tego, iż do 1 kolejności

zaliczane są drogi krajowe i wojewódzkie z reguły dwupasmowe na których odbywa się komunikacja zbiorowa, natomiast drogi 2 kolejności są jednopasmowe, na których parkują samochody, są to główne drogi osiedlowe, a 3 kolejność to pozostałe drogi w tym drogi gruntowe. Potwierdzenie rodzajów tych ulic wynika z wykazów. Na drogach osiedlowych i pozostałych komunikacja zbiorowa zazwyczaj się nie odbywa. Przez komunikację zbiorową rozumie się tramwaj i autobus. Zamawiający przyznaje, iż w poprzednio prowadzonych postępowaniach w poprzednich latach nie było podziału utrzymania dróg w zależności od kategorii. Chociaż ze względów ekonomicznych w praktyce zamawiający porozumiewał się z wykonawcą i ustalał kolejność uprzątnięcia ulic poprzez w pewnym zakresie zlecenia. Po 2009 r. kiedy odbył się ostatni przetarg w trakcie realizacji zamawiający porozumiał się z wykonawcą i ustalił, które ulice zawsze powinny być uprzątnięte, a które będą uprzątnięte na odrębne zlecenie. W aktualnie prowadzonym postępowaniu od początku zamiarem zamawiającego było wprowadzenie 3 kolejności utrzymania ulic i w tym celu już w pierwotnej wersji SIWZ przewidziano 3 załączniki wykazy ulic zgodnie z kolejnością utrzymania ulic oraz w pkt 2.9 i 2.10 rozdz. III szczegółowy OPZ. W tych punktach mówi się o wprowadzeniu 3 kolejności sprzątnięcia ulic. Przyznaje, że zamawiający nie dokonał modyfikacji dotychczas obowiązujących w poprzednich przetargach Zestawień kosztów zadań w zakresie akcji zimowego oczyszczania i oczyszczania jezdni w technologii zamiennej ponieważ nie wprowadził 3 kolejności tylko pozostawił zapis w jednej pozycji stąd zrodziło się pytanie po stronie wykonawcy, który 11.06.2013 r. zapytał się w której pozycji zestawienia kosztów należy ująć zimową akcję i technologię zamienną. Zamawiający 21.06.2013 r. udzielił w tym zakresie odpowiedzi na pyt. nr 27 dokonując modyfikacji zestawienia kosztów ujmując to w odrębnych pozycjach. Zwraca uwagę, iż ze względu na podział ulic występują inne warunki ich oczyszczania tj. 1 kolejność w naszej ocenie łatwiej jest oczyszczać ponieważ wykonywane jest na bieżąco, ulice są szersze, natomiast kolejność 2 i 3 jest trudniejsza z uwagi na to, że oczyszcza się rzadziej, ulice są węższe, parkują samochody, trzeba stosować nieraz ręczne oczyszczanie, używać więcej środków ponieważ śnieg jest zmarznięty. Nadmieniam, że gdyby zamawiający uznał, że tylko to jest kwestia różnicy metrów to by dopisał ilość metrów do istniejącej pozycji a nie wprowadzał kolejnych pozycji. W tym miejscu pełnomocnik zamawiającego oświadcza, że dokonując oceny złożonych ofert wynika z nich, iż poszczególni wykonawcy poszczególne kolejności ulic wycenili różnie, składa w poczet dowodów zestawienie kosztów SITA Zachód, TRANSFORMERS Wrocław (różne dzielnice). Przedstawiono na zadania nr 3, 4 i 5.

Z powyżej przedstawionych względów tj. iż są to różne ulice poszczególnych kolejności i, że firmy różnie je wyceniły w ocenie zamawiającego niemożliwe było poprawienie oferty w trybie 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Nie było podstaw do dokonania poprawienia z zestawień kosztowych

poprzez dopisanie kolejności 2 i 3 i zastosowanie ceny jednostkowej z kolejności 1. Przy czym w ofercie nie wskazano kolejności.

Na podstawie przeprowadzonych dowodów z oferty odwołującego, ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w tym wskazanych przez odwołującego i zamawiającego postanowień specyfikacji (OPZ i załączników nr III oraz pytań i udzielonych odpowiedzi) na rozprawie, Izba ustaliła.

Zamawiający pismem z dnia 21.06.2013r. udzielając odpowiedzi na pytanie nr 27 wprowadził zmiany do SIWZ poprzez dopisanie pozycji w Zestawieniu kosztów zadania we wszystkich załącznikach to jest od A do E : Akcji zimowego oczyszczania kolejność II i kolejność III a w oczyszczaniu jezdni w technologii zamiennej II i III kolejność. Znalazła się również przy odpowiedzi na pytanie informacja o tym, że zamienne załączniki są dostępne na stronie internetowej i przesyłką pocztową. Do odpowiedzi na pytania załączono: Zestawienia Kosztów na wszystkie pięć zadań. W każdym z tych zestawień wprowadzono nowe pozycje to jest „Akcja zimowego oczyszczania I kolejność, II kolejność i III kolejność i tak samo w pozycji Oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej również wprowadzono trzy kolejności to jest I kolejność ,II kolejność i III kolejność . Są to wyodrębnione osobne pozycje to jest osobne usługi. Przy czym zamawiający przy każdej z tych pozycji podał: zakres prac, jednostka -100m²; okres trwania zamówienia-10 miesięcy; krotność wykonywania prac w miesiącu – 10 albo1;2 albo1.natomiast wykonawca miał wypełnić dla tych usług i dla poszczególnych kolejności ryczałtową cenę jednostkową w złotych i wartość netto w złotych.

Natomiast w pierwotnej wersji SIWZ Zestawienia kosztów dla poszczególnych zadań to jest od 1 do 5 znajdują się również pozycje:

Akcja zimowego oczyszczania i Oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej, ale bez wyszczególnienia odrębnie :kolejności I, kolejności II, kolejności III.

Oferta odwołującego dla zadań; 2(Śródmieście), dla zadania 4(Fabryczna) dla zadania nr 5 (Psie Pole) zawierają pozycje: Akcja zimowego oczyszczania, Oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej ale bez zaznaczenia w jakiej kolejności.

Zamawiający pismem z dnia 05.07.2013r. zawiadomił wykonawców w tym odwołującego o unieważnieniu postępowania na zadanie nr 2 to jest Śródmieście, gdyż nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu.

Jednocześnie poinformowano odwołującego, że jego oferta uległa odrzuceniu z uwagi na treść art.89 ust.1 pkt 2 ustawy, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Jako przyczynę sprzeczności zamawiający podaje, że w załączniku nr IIIB „Zestawienie kosztów zadania – zadanie nr 2” brakuje pozycji dotyczących: Akcji zimowego oczyszczani II kolejność i III kolejność, Oczyszczania w technologii zamiennej II kolejność i III kolejność.

Zamawiający w piśmie tym przywołał również: pkt 1 w części V Instrukcji dla wykonawców: Wykonawca w formularzu oferty poda ceny ofertowe brutto (oddzielenie dla każdego zadania na które składana jest oferta), za wykonanie wszystkich prac objętych przedmiotem zamówienia na danym zadaniu, obliczona na podstawie załączników nr od IIIA do IIIE „Zestawienie kosztów zadania”, w zależności od tego, na które zadanie Wykonawca składa ofertę.

Przywołano również pkt 10 w cz. V Instrukcji dla wykonawców Formularz oferty oraz załączniki do Formularza oferty powinny zostać wypełnione ściśle według warunków i postanowień zawartych w SIWZ, bez dokonywania w nich zmian przez wykonawcę i podpisane przez osoby upoważnione. Ponadto zaznaczono, że treść załącznika nr IIIB została zmieniona pismem nr 3638/2013 z dnia 21.06.2013 roku.

Z kolei pismem z dnia 08.07.2013r. zamawiający powiadomił wykonawców w tym odwołującego o wyniku na zadanie nr 4 (Fabryczna) i na zadanie nr 5 (Psie Pole). Z informacji również wynika, że oferta odwołującego złożona na te dwa zadania została również odrzucona, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W uzasadnieniu sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ podano te same okoliczności faktyczne i prawne jak dla zadania Nr 2 (Śródmieście) cytowane powyżej.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby brak podstaw formalnych i prawnych do naprawienia oferty odwołującego w oparciu o art.87 ust.2 pkt 3 ustawy jak to wnioskuje odwołujący.

W sprawie ustalono, że zamawiający dokonał zmiany SIWZ na wskutek zadanego pytania nr 27 przez wykonawcę.

Zmiany SIWZ zamawiający dokonał w odpowiedzi na to pytanie pismem z dnia 21.06.2013 roku.

W wyniku udzielonej odpowiedzi zamawiający utworzył nowe załączniki do Formularza oferty o nazwie Zestawienie Kosztów dla każdego z pięciu zadań, na które podzielono zamówienie (pięć dzielnic miasta Wrocław).

Zmiany polegały na wprowadzeniu nowych pozycji dla nowo wyodrębnionych usług to jest zimowego oczyszczania ulic według kolejności I, kolejności II i kolejności III oraz do zamiennej technologii oczyszczania ulic według kolejności I, kolejności II i kolejności III.

Poprzednia wersja SIWZ w zakresie Zestawienia kosztów dla zimowej akcji oczyszczania ulic i zamiennej technologii oczyszczania ulic nie przewidywała żadnych kolejności.

W związku z tym nie obowiązywała konieczność odrębnego wycenienia tych rodzajów usług w zależności od kolejności.

Niemniej już w pierwotnej wersji SIWZ przewidziano trzy kategorie ulic dla poszczególnych zadań oraz wyspecyfikowanie kolejności oczyszczania ulic w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (punkty 2.9. i 2.10.).

Odwołujący niesłusznie uważa, że powinna obowiązywać na każdą kolejność wykonywania usługi ta sama cena.

W ocenie Izby wówczas wyodrębnianie kolejności byłoby bezcelowe. Ponadto zamawiający na rozprawie przedstawiał różne uwarunkowania wykonywania oczyszczania ulic w zależności od ich kategorii i usytuowania w mieście to jest odległości od centrum miasta.

Na rozprawie wyjaśniono, że kolejności wykonywania usług wyodrębniono z uwagi na to, że wykonywanie usługi dla kolejności II i III będzie odbywać się na każdorazowe zlecenie zamawiającego a usługi kolejności I będą wykonywane na bieżąco bez potrzeby uruchamiania zlecenia ze strony zamawiającego jako usługi pierwszorzędne.

Skoro zamawiający wprowadził osobne pozycje dla poszczególnych kolejności wykonywania usług w Zestawieniu kosztowym to oznacza, że zamawiający postanowił rozróżnić te usługi nie tylko ze względu na metodologię wykonywania (zlecenia), ale również ze względu na możliwość ich odrębnej wyceny. Oczywiście nie oznacza to, że ceny muszą się różnić. Mogą być dla poszczególnych pozycji i kolejności jednakowe. Niemniej mogą również dla poszczególnych kolejności usług i różnić się. Decyzja i wiedza w tym zakresie należy do wykonawcy. Zamawiający w Zestawieniach kosztów określa tylko powierzchnię, częstotliwość wykonywania, czy sposób zlecenia (na bieżąco, na osobne zlecenie). Natomiast określenie ceny w poszczególnej pozycji Zestawienia kosztów jest suwerenną decyzją wykonawcy. Zamawiający nie może znać jaką cenę w poszczególnej pozycji usługi zamierzał wpisać wykonawca, ponieważ brak podstaw do stwierdzenia, że ceny jednostkowe mają być jednakowe bez względu na kolejność (I; II; III kolejność) wykonywania usługi (zimowe oczyszczanie ulic i zamienna technologia oczyszczania ulic). Na dodatek zamawiający chcąc poprawić ofertę odwołującego musiałby wpisać do Zestawienia kosztów nowe pozycje to jest kolejności I, II, III do zimowej akcji oczyszczania ulic i do zamiennej technologii oczyszczania ulic.

Uzupełnienie tych pozycji mogłoby być nawet możliwe gdyby odwołujący w innych częściach oferty wpisał brakujące ceny i chodziłoby tylko o wpisanie ich na odpowiednie miejsce to jest do Zestawienia kosztów.

Reasumując, w świetle zgromadzonego w sprawie materiału, zamawiający nie ma wiedzy jakie ceny oferowałby odwołujący w brakujących i niewypełnionych pozycjach Zestawienia kosztów dla poszczególnych kolejności czy to zimowej akcji oczyszczania ulic, czy to dla zamiennej technologii oczyszczania ulic.

W tym wypadku nie chodzi o „chęć” czy „niechęć” zamawiającego, ale o brak obiektywnej wiedzy co do zamiarów (myśli) odwołującego.

Jako jeden z argumentów na brak możliwości uzupełnienia oferty odwołującego świadczy także fakt, że inni wykonawcy zaoferowali różne ceny w zależności od kolejności usługi (I;II;III kolejność) a co udowadniał zamawiający przedstawiając na rozprawie oferty innych wykonawców (Trans-Formers sp. z o.o. we Wrocławiu zadanie nr 5 i zadanie nr 3; Sita Zachód sp. z o.o. we Wrocławiu zadanie nr 4).

Reasumując nawet gdyby przyjąć, że charakter braków w wycenie poszczególnych kolejności zimowej akcji oczyszczania ulic oraz zamiennej technologii oczyszczania ulic spełnia dyspozycje z art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy to jest, że brak wycen poszczególnych kolejności usług nie ma wpływu istotnego na treść oferty to zamawiający nie ma wiedzy z oferty jak ten brak uzupełnić. Propozycja odwołującego równych cen byłaby do przyjęcia gdyby zamawiający nie rozbił w zestawieniu kosztowym na odrębne pozycje poszczególne kolejności wykonywania usług. Takie zachowanie zamawiającego wyklucza domniemanie równych cen, w przypadku ich nie podania w ofercie przez wykonawcę.

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust.3 pkt 1) i § 3 oraz § 1 ust.1 pkt 2) 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. 2010r. Nr 41, poz. 238) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego wpis w kwocie 15.000,00 złotych uiszczony przez odwołującego i zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3.600,00 złotych tytułem wynagrodzenia jego pełnomocnika.

Przewodniczący: