

Sygn. akt: KIO/UZP 1509/08

KIO/UZP 1527/08

WYROK

z dnia 15 stycznia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

**Członkowie: Izabela Niedziałek
Andrzej Niwicki**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13.01.2009r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **05.01.2009r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Jana Czaję, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Dezynsekcji, Dezynfekcji, Deratyzacji „VITEX” Jan Czaja, 85-039 Bydgoszcz, ul. Grunwaldzka 84/1 (sygn. akt KIO/UZP 1509/08)

B. Marka Zieleckiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Dezynfekcji, Dezynsekcji i Deratyzacji Marek Zielecki, 81-423 Gdynia, ul. Partyzantów 27/16 (sygn. akt KIO/UZP 1527/08)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni, 81-912 Gdynia, ul. Jana z Kolna 8b** protestów:

A. Jana Czaję, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Dezynsekcji, Dezynfekcji, Deratyzacji „VITEX” Jan Czaja, 85-039 Bydgoszcz, ul. Grunwaldzka 84/1 z dnia 04.12.2008r.

B. Marka Zieleckiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Dezynfekcji, Dezynsekcji i Deratyzacji Marek Zielecki, 81-423 Gdynia, ul. Partyzantów 27/16 z dnia 08.12.2008r.

przy udziale wykonawcy **VACO Sp. z o.o., 53-238 Wrocław, ul. Ostrowskiego 9** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić oba odwołania i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w częściach postępowania nr II, VII, VIII, X, XI, XIV, XV i IX.

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

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Jana Czaję, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Dezynsekcji, Dezynfekcji, Deratyzacji „VITEX” Jan Czaja, 85-039 Bydgoszcz, ul. Grunwaldzka 84/1,**
 - B** koszty w wysokości 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Marka Zieleckiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Dezynfekcji, Dezynsekcji i Deratyzacji Marek Zielecki, 81-423 Gdynia, ul. Partyzantów 27/16,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 11 468 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy czterysta sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
 - A** kwoty 5 887 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy osiemset osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni, 81-912 Gdynia, ul. Jana z Kolna 8b** na rzecz **Jana Czaji, prowadzącego**

- działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Dezynsekcji, Dezynfekcji, Deratyzacji „VITEX” Jan Czaja, 85-039 Bydgoszcz, ul. Grunwaldzka 84/1** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu udziału w postępowaniu odwoławczym – wpisu oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- B** kwoty 5 581 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset osiemdziesiąt jeden złotych zero groszy) przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni, 81-912 Gdynia, ul. Jana z Kolna 8b** na rzecz **Marka Zieleckiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Dezynfekcji, Dezynsekcji i Deratyzacji Marek Zielecki, 81-423 Gdynia, ul. Partyzantów 27/16** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu udziału w postępowaniu odwoławczym – wpisu oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 25 426 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 12 713 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Jana Czaji, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Dezynsekcji, Dezynfekcji, Deratyzacji „VITEX” Jan Czaja, 85-039 Bydgoszcz, ul. Grunwaldzka 84/1,**
- B** kwoty 12 713 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Marka Zieleckiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Dezynfekcji, Dezynsekcji i Deratyzacji Marek Zielecki, 81-423 Gdynia, ul. Partyzantów 27/16.**

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

W dniu 4.10.2008 r. Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Jana z Kolna 86, 81-912 Gdynia (zwany dalej Zamawiającym), ogłosił postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na usługę deratyzacji, dezynsekcji w obiektach znajdujących się w kompleksach wojskowych będących w zarządzie RZI w Gdyni i administrowanych przez WAK-i polegające na ochronie obiektów przed szkodnikami wg systemu HACCP i zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym zakresie 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).

W dniu 28.11.2008 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej.

KIO/UZP 1509/09

W dniu 4.12.2008 r. Jan Czaja, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Dezynsekcji, Dezynfekcji, Deratyzacji "VITEX", ul. Grunwaldzka 84/1, 85-234 Bydgoszcz (dalej: Odwołujący) – złożył protest.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w terminie.

Odwołujący w dniu 24.12.2008 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.

W proteście Odwołujący podniósł następujące zarzuty, podtrzymane również później w odwołaniu:

Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady równego traktowania wszystkich wykonawców i zasady uczciwej konkurencji poprzez wykonanie wadliwych czynności badania i oceny złożonych ofert, skutkujące zaniechaniem wykonania instytucji uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów oraz zaniechaniem wykluczenia podnoszonych wykonawców, zaniechaniem odrzucenia ich ofert i wskazanie nieprawidłowego wyniku postępowania w danych częściach zamówienia (art. 7 ust. 1 i 2, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 92 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych).

Podniesione przez Odwołującego zarzuty dotyczą czynności Zamawiającego polegających na badaniu i ocenie ofert Firmy VACO Sp. z o.o. ul. Ostrowskiego 9, 53-238 Wrocław w zakresie części zamówienia Nr II, VII, VIII, X, XI, XIV, XV i ABAPEST ul. Sokołowska 96/5, 06-111 Siedlce w zakresie IX części zamówienia.

Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu uzasadnienia faktycznego podniesionych zarzutów, wskazał, że podtrzymuje zarzuty wskazane w proteście (którego nie załączono do odwołania).

Odwołujący wniósł o:

1. powtórzenie czynności badania ofert, w następstwie której nastąpi wykluczenie wykonawców: Firmy VACO Sp. z o.o. ul. Ostrowskiego 9, 53-238 Wrocław w zakresie części zamówienia Nr II, VII, VIII, X, XI, XIV, XV i ABAPEST ul. Sokołowska 96/5, 06-111 Siedlce w zakresie IX części zamówienia i odrzucenie ich ofert z postępowania,
2. powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert we wskazanych częściach), tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do ważnych ofert,

3. równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

Sygn. akt KIO/UZP 1527/08

W dniu 7.12.2008 r. Marek Zielecki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Dezynfekcji, Dezynsekcji i Deratyzacji, ul. Partyzantów 27 / 16 81 -423 Gdynia (dalej: Odwołujący) – złożył protest.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w terminie.

Odwołujący w dniu 24.12.2008 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.

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4 i 6 oraz art. 90 ust. 1, 2 i 3 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący nie przywołał żadnego uzasadnienia, jedynie powołał się na treść protestu, który załączył do odwołania.

W proteście zarzucane naruszenie przepisów uzasadniono następująco:

1. W ofercie Vaco Sp. z o.o. i Mariana Petelczyca, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ABAPEST Marian Petelczyc brak "kserokopii atestów i dopuszczeń dla środków użytych do realizacji przedmiotu zamówienia" mimo takiego wymogu Zamawiającego w Rozdziale V podpunkcie 10 SIWZ. "Dopuszczenie", o którym mowa w treści ww. postanowienia, to nic innego niż decyzja administracyjna wydana przez właściwy organ (Ministra Zdrowia), której treścią jest pozwolenie na obrót produktem biobójczym (dopuszczenie takiego produktu do obrotu). Tymczasem "atest" to odrębna kategoria dokumentu, w treści SIWZ wyraźnie wskazano, że zamawiający wymaga przedłożenia decyzji (dopuszczenia) i atestu. Wymogu tego nie spełniała spółka Vaco, przedkładając jedynie decyzje dotyczące dopuszczenia danego produktu do obrotu (a więc "dopuszczenia", o których mowa w treści SIWZ), nie przedkładając natomiast wymaganych atestów (jak zrobiła to większość wykonawców). Tym samym spółka Vaco nie spełniła wymogów SIWZ, co uzasadniało odrzucenie oferty tej spółki, w oparciu o regulację art. 89 ust. 1 punkt 2 Prawa zamówień publicznych, jako sprzecznej z treścią specyfikacji.

Przedsiębiorstwo Abapest nie przedłożyło również, podobnie jak Vaco Sp. z o.o. atestów dotyczących środków, które mają być stosowane przy realizacji umowy. Do oferty załączone zostały jedynie kopie decyzji pozwalających na obrót danym produktem biobójczym (zgodnie z treścią SIWZ -"dopuszczenia"), nie załączono natomiast atestów dotyczących stosowanych środków.

2. W ofercie Mariana Petelczyca brak "poświadczenia bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą »poufne«< co najmniej dla jednego pracownika Wykonawcy wykonującego usługę", wymaganego przez Rozdział V pkt 7 SIWZ. Do oferty Pana Mariana Petelczyca (przedsiębiorstwa jednoosobowego oznaczonego firmą „Abapest"), dołączono poświadczenie bezpieczeństwa udzielone Panu Petelczycowi, a nie pracownikowi firmy Abapest. Z treści SIWZ wyraźnie wynika, że poświadczenie bezpieczeństwa powinno być udzielane pracownikowi, a więc osobie, która pozostaje w stosunku pracy z wykonawcą i która osobiście wykonywać będzie czynności objęte zamówieniem. Tymczasem firma Abapest załączyła do swojej oferty poświadczenie bezpieczeństwa udzielone nie pracownikowi, ale pracodawcy (samemu wykonawcy). Tym samym oferta podlega odrzuceniu, na podstawie art. 89 ust. 1 punkt 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ jej treść jest sprzeczna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Analogiczne do powyższych uwagi, w zakresie poświadczenia bezpieczeństwa, należy również odnieść od oferty złożonej przez Jana Czaję. Również w tym wypadku poświadczenie bezpieczeństwa dotyczy pracodawcy (przedsiębiorcy Jana Czaja), a nie pracownika. Wymogi wskazane w SIWZ również w tym wypadku nie zostały więc spełnione, co uzasadnia odrzucenie oferty w oparciu o treść art. 89 ust. 1 punkt 2 Prawa zamówień publicznych.

3. W treści SIWZ wykonawcom postawiono również wymóg wskazania w treści oferty ceny za 1 m² dezynfekcji. W treści punktu VII SIWZ wskazano "w ofercie należy podać również cenę za 1 m² dezynfekcji", natomiast w ofercie Abapest wskazano, że cena ta wynosi "W zależności od obiektu od 0,02 zł do 0,17 zł za 1 m²", Tego rodzaju sformułowanie nie spełnia wymogu SIWZ, ponieważ uniemożliwia zarówno zamawiającemu, jak i pozostałym wykonawcom określenie, jakiej wysokości wynagrodzenia żądać będzie wykonawca z tytułu świadczenia usług dezynfekcji. Treść oferty jest więc, również w tym zakresie, sprzeczna z SIWZ, ponieważ oferent nie wskazał, jakiej wysokości stawkę przewiduje za 1 m² dezynfekowanej powierzchni. Również z tego powodu, na mocy art. 89 ust. 1 punkt 2 Prawa zamówień publicznych, oferta Abapest powinna zostać odrzucona.

4. Błędy w obliczeniu ceny w ofercie Vaco Sp. z o.o.

Zgodnie z wymogami postawionymi wykonawcom w treści SIWZ, każdy z oferentów zobowiązany był do wskazania w treści oferty (w treści tabel załączonych do oferty), zarówno wartość usługi za jeden miesiąc realizacji umowy, jak i za cały okres jej realizacji. Tym samym każdy z wykonawców zobowiązany był do podania wartości netto oraz brutto usługi świadczonej w jednym miesiącu, oraz te same wartości za cały okres realizacji umowy (48 miesięcy). Oczywiście jest, że druga z podanych wartości powinna stanowić iloczyn pierwszej z nich, mnożnikiem powinna zaś być ilość miesięcy realizacji umowy (48).

W treści swojej oferty, Vaco Sp. z o.o., nie zachowała wskazanej wyżej, oczywistej zależności, co Odwołujący potwierdził, wskazując przykładowo, kilka pozycji z tabel w ofercie Vaco, i reasumując stwierdził, że w każdej tabeli przedłożonej przez Vaco Sp. z o.o. jest „mnóstwo błędów”. Okoliczność powyższa, sama w sobie przemawia za odrzuceniem oferty tej spółki - zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 punkt 6 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera błędy.

Konsekwencje wadliwości tabel sporządzonych przez Vaco Sp. z o.o., rozpatrywać należy według dwóch wariantów. Albo cena jednostkowa podana została przez Vaco Sp. z o.o. wadliwie (a ryczałt za 48 miesięcy określony został prawidłowo), albo wprost przeciwnie - ryczałt określony został wadliwie, ze względu na błędne przemnożenie stawki miesięcznej przez 48 miesięcy. Każdy z przyjętych wariantów powoduje określone skutki dla biegu niniejszego postępowania, których -niezależnie od przyjętego sposobu kwalifikowania wadliwości oferty Vaco Sp. z o.o., nie dostrzegł zamawiający. Jeżeli przyjmiemy, że wartość usługi miesięcznej przyjęta została w treści oferty prawidłowo, wartość usługi za 48 miesięcy jest z oczywistych przyczyn znacznie wyższa, niż wskazana w treści oferty. W takim wypadku oferta Vaco nie byłaby -z punktu widzenia kryterium ceny -ofertą najkorzystniejszą, wobec czego spółka ta nie wygrałaby przetargu.

Jeżeli natomiast przyjmiemy, że ceny ryczałtowe (za 48 miesięcy) określone zostały prawidłowo, wadliwie wskazano wartość cen miesięcznych. W takim wypadku wartość cen za miesiąc świadczenia usług jest rażąco niska, nie sposób w jakikolwiek sposób wykonać usługi za kwotę, którą uzyska się z podzielenie wartości ryczałtowej, przez 48 miesięcy (co skutkuje oczywiście określonymi następstwami proceduralnymi, które opisane zostaną poniżej).

W ocenie Odwołującego, bez wątplenia oferta Vaco Sp. z o.o. zawiera błędy, skutkujące koniecznością odrzucenia oferty, w oparciu o treść art. 89 ust. 1 punkt 6 in fine Prawa zamówień publicznych.

5. Rażąco niska cena

Odwołujący wskazuje na zaniżenie przez wykonawców wartości usług. Działanie Vaco, polegającego na przedłożeniu oferty zawierającej wadliwe stawki miesięczne (bądź 48 - miesięczne) rozpatrywać należy również w kontekście zaniżenia przez tę spółkę ceny świadczonych usług. Jeżeli bowiem dojdziemy do wniosku, że w rzeczywistości (posługując się przytoczonymi powyżej przykładami), podzielenie kwoty podanej przez Vaco jako wartość usługi za 48 miesięcy (np. 3207,68 złotych) daje w rzeczywistości wartość 66,82 złotych (a nie jak wskazuje oferent -400,96 złotych), rzeczywista wartość usługi jest rażąco zaniżona w stosunku do wartości rynkowej. Należy pamiętać, że zarzut rażąco niskiej ceny odnosić

należy nie tylko do wartości ryczałtowej, ale również do wartości cen jednostkowych, za dany okres cząstkowy.

Rażące zaniżenie ceny przez oferentów rozpatrywać należy w dwóch aspektach. Po pierwsze, konieczne jest wzięcie pod uwagę wartości podanych w ofertach Abapest i Vitex, w treści tabel. Po drugie, w przypadku spółki Vaco Sp. z o.o. pod uwagę brać należy nie wartość wskazaną w tabeli kosztów miesięcznych (netto czy brutto), ale rzeczywistą wartość, którą wykonawca przeznaczyć zamierza miesięcznie na realizację usługi, wynikając z podzielenie wskazanego przez Vaco Sp. z o.o. ryczałtu (za 48 miesięcy) przez ilość miesięcy (48).

Analiza kwot wskazanych w ofertach Abapest, Vitex i Vaco prowadzi do wniosku, że podane przez tych wykonawców ceny są rażąco zaniżone.

Odwołujący wskazuje przykładowo niektóre pozycje z formularzy cenowych w oprotestowanych ofertach, z czego jego zdaniem wynika, iż „już na pierwszy rzut oka widać, że wskazane wartości są nierealne”.

Odwołujący wniósł o:

- 1.powtórzenie czynności oceny ofert zgodnie z Prawem zamówień publicznych oraz SIWZ.
- 2.odrzucenie ofert, których treść nie odpowiada treści SIWZ oraz dokonanie wyboru ofert najkorzystniejszych.

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

Zamawiający na rozprawie podniósł, iż oba odwołania nie spełniają wymogów dla pisma procesowego, a uzasadnienia nie były częścią obu odwołań, lecz jedynie powołano się na uzasadnienia zawarte w protestach.

Odnosząc się do tego zarzutu, Izba stwierdziła, że wymagania „formalne” odwołania zawarte są w § 1 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z dn. 12 października 2007 r.). Brak jednak któregokolwiek z elementów wymienionych tamże nie wywołuje co do zasady żadnych skutków prawnych. W ocenie składu orzekającego Izby, treść odwołania należy badać wyłącznie ze względu na okoliczność, czy zawarto w niej wystarczająco sformułowane wobec Zamawiającego zarzuty, mogące być podstawą oceny, czy czynności Zamawiającego (bądź zaniechania) naruszały przepisy Prawa zamówień publicznych. Jeżeli odpowiedź na to pytanie jest twierdząca, wówczas nie ma znaczenia, w jaki sposób zostało napisane odwołanie – należy zauważyć, że nie ma przymusu składania odwołań przy pomocy profesjonalnych pełnomocników. Z obu odwołań jednoznacznie wynika, że Odwołujący podtrzymują zarzuty zawarte w protestach.

Za uchybienie nie może być również poczytywany brak „przeniesienia” treści uzasadnienia protestu do odwołania; tym bardziej, że w niniejszym postępowaniu toczącym się w związku z wniesieniem środków ochrony prawnej Zamawiający rozstrzygnął oba protesty przez „przemilczenie” (do czego miał prawo), zatem nie było potrzeby powtarzania argumentacji, o ile nie uległa ona żadnej zmianie. Należy również zauważyć, że Izba rozstrzygając zarzuty, nie jest związana żądaniami protestu czy odwołania, ale wyłącznie podtrzymanymi w odwołaniu zarzutami podniesionymi w proteście.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i oświadczeniami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: oba odwołania zasługują na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO/UZP 1509/08 i sygn. akt KIO/UZP 1527/08

Potwierdził się podnoszony w obu odwołaniach zarzut braku w ofercie Vaco Sp. z o.o. i Mariana Petelczyca, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ABAPEST Marian Petelczyk atestów na środki, przy pomocy których ma być wykonana usługa będąca przedmiotem zamówienia.

Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ, W Rozdziale V pkt 10 wymagał, aby wykonawcy wraz z ofertą złożyli „kserokopie atestów i dopuszczeń dla środków użytych do realizacji przedmiotu zamówienia”. Zatem nawet jeżeli posiadanie atestów na środki służące do realizacji przedmiotu zamówienia jest nieobowiązkowe, z przywołanego wyżej postanowienia SIWZ wynika, w ocenie Izby, iż Zamawiający oczekiwał zaproponowania w ofercie takich preparatów, które posiadają i atesty, i dopuszczenia; świadczy o tym spójnik „i” (koniunkcja). Gdyby intencją Zamawiającego było zastosowanie wszystkich preparatów dopuszczonych do obrotu, nie żądałby wymienionych *expresis verbis* „atestów”, lecz sformułowałby wymóg odnośnie dokumentów, potwierdzających, że oferowane usługi spełniają wymagania Zamawiającego w inny sposób (np. „dokumenty dopuszczające do stosowania”). Na marginesie, dokumenty dotyczące środków, które zostaną użyte do realizacji zamówienia, nie są w sensie ścisłym dokumentami, które potwierdzają, że oferowana usługa spełnia wymagania Zamawiającego, ale wydaje się, że w tym postępowaniu należy je tak traktować (tzn. jak dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych).

Odwołujący Jan Czaja podniósł na rozprawie (co nie zostało zakwestionowane przez Zamawiającego), iż środki posiadające nieobowiązkowe atesty, są droższe, niż środki nie posiadające takich atestów.

Powyższe dodatkowo uzasadnia słuszność tezy Odwołującego, że gdyby potraktować oferty, w których wykonawcy zaproponowali droższe, ponieważ posiadające atest, środki - w przekonaniu, że wynika to wprost z postanowień SIWZ (zgodnie z wykładnią językową) - tak samo, jak oferty, w których zaoferowano środki, nie posiadające atestów, prowadziłyby to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Wobec powyższych ustaleń, Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 7 Prawa zamówień publicznych, podniesiony w odwołaniu sygn. akt KIO/UZP 1507/08 i art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, podniesiony w obu odwołaniach i nakazała Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert w częściach nr II, VII, VIII, X, XI, XIV, XV i IX postępowania.

Zauważyć należy, że stosowanie trybu wynikającego z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych jest obligatoryjne (jeżeli wykonawcy nie złożyli dokumentów, potwierdzających, że oferowane usługi spełniają wymagania Zamawiającego - Zamawiający winien wezwać do ich złożenia).

Sygn. akt KIO/UZP 1527/08

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych wynikający w ocenie Odwołującego z nieodrzczenia przez Zamawiającego ofert, mimo że złożono w nich poświadczenia bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „poufne” dla Mariana Petelczyca i Jana Czaji, a nie dla pracowników.

Po pierwsze, osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą nie jest zobowiązana do zatrudniania pracowników i może wykonywać działalność osobiście. Po drugie, wymóg złożenia poświadczenia bezpieczeństwa dotyczy warunku udziału w postępowaniu – jeżeli wykonawca przedłożył poświadczenie bezpieczeństwa dla siebie, a nie dla swojego pracownika, nie można przyjąć poglądu, że nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający w SIWZ wymagał, aby przedmiot zamówienia był realizowany przez osoby, posiadające poświadczenie bezpieczeństwa, i Marian Petelczyc i Jan Czaja ten warunek spełnili.

Należy wyraźnie odróżnić odrzucenie oferty w związku z jej niezgodnością z SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych), a wykluczeniem wykonawcy z powodu niespełnianie warunku udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych). Inne są przesłanki odrzucenia, a inne – wykluczenia.

W konsekwencji Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w związku z nieodrzcuceniem oferty Mariana Petelczyca jako niezgodnej z SIWZ, z powodu braku podania ceny za 1 m² dezynfekcji.

Izba ustaliła, iż Zamawiający wymagał, aby w formularzu cenowym podać cenę za 1 m² dezynfekcji: W „Ofercie należy poda[ć] również cenę za 1m² dezynfekcji. Zamawiający zleci zabiegi dezynfekcji w przypadku wystąpienia nagłej konieczności. Zapłata za ta usługę zostanie dokonana po przyjęciu jej wykonania przez upoważnionego przedstawiciela zamawiającego. Wykonanie usługi dezynfekcji nastąpi na pisemne zlecenie przez zamawiającego.” (Rozdział VII SIWZ).

W ofercie Mariana Petelczyca wskazano, że cena za dezynfekcję wynosi "W zależności od obiektu od 0,02 zł do 0,17 zł za 1 m²" – z zestawienia wszystkich formularzy cenowych w formie tabelarycznej wynika, że ceny w ofercie Mariana Petelczyca za usługi dezynsekcji i deratyzacji mieszczą się w podanym przez niego zakresie.

Z postanowień SIWZ jednoznacznie wynika, że przedmiotem zamówienia jest usługa dezynsekcji i deratyzacji (Rozdział I). Dezynfekcja nie jest zawarta w opisie przedmiotu zamówienia, który jest przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia – a zatem nie można odrzucić oferty Mariana Petelczyca na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 jako niezgodnej z treścią SIWZ (na marginesie, sam fakt podanie ceny „w widełkach” nie może przesądzać o dyskwalifikacji oferty) z powodu braku ceny za dezynfekcję.

Treść oferty i treść SIWZ w kontekście ewentualnych przesłanek odrzucenia oferty należy oceniać wyłącznie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia w konkretnym postępowaniu, a nie w innym, traktowanym przez Zamawiającego, jak wynika z przytoczonego wyżej postanowienia SIWZ, „akcesoryjnie”.

Ze względu na powyższe ustalenia, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w związku z brakiem ceny za 1m² dezynfekcji w ofercie Mariana Petelczyca jest chybiony.

Inną kwestią, nie podniesioną przez uczestników postępowania, jest, czy takie żądanie Zamawiającego (określenia w ofercie ceny za usługę, która będzie realizowana na podstawie odrębnego zlecenia), jest uprawnione – w istocie jest to cena innej oferty. Izba jednak rozstrzyga wyłącznie w zakresie zarzutów podniesionych w proteście, dlatego nie odniosła się do tego zagadnienia.

Rozpatrując następny zarzut, odnoszący się do błędów w obliczeniu ceny w ofercie Vaco Sp. z o.o., Izba ustaliła, iż Zamawiający wymagał, aby cenę oferty określić na podstawie formularzy cenowych stanowiących załączniki od nr 3 do nr 18 do niniejszej SIWZ oraz podać wartość netto i brutto w załączniku nr 1 do SIWZ (Rozdział VII SIWZ). Formularze cenowe miały formę tabel, w których zamieszczono następujące kolumny:

kompleks budynku m2 za miesiąc za miesiąc netto za 48 m-cy brutto za 48 m-cy. Zamawiający nie wskazał tego wprost, lecz przypuszczenie Odwołującego, iż cena za 48 miesięcy powinno wynikać z pomnożenia „ceny miesięcznej przez 48” jest uprawnione, niewątpliwym faktem jest, że w miejscach wskazanych przez Odwołującego w tabelach zawartych w ofercie Vaco nie dokonano takiego mnożenia (Izba nie odnosiła się do „mnóstwa błędów”, jak Odwołujący określił ilość błędów w ofercie, lecz jedynie do błędów wskazanych i opisanych w odwołaniu, a zatem wyłącznie do „mnożenia przez 48”).

Niewątpliwie Zamawiający dla porównania ofert brał pod uwagę ceny wynikające z działań matematycznych w tabelach (wynik - tj. zsumowane kwoty z ostatniej kolumny) – wynika to ze zbiorczego porównania ofert – Druk ZP 12 (kopia w aktach sprawy).

Jednak w ocenie Izby rzeczywistą ceną ofert składanych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia jest cena miesięczna (kolumna 7 i 8 tabel). Wynika to z przewidywanego w propozycji umowy stanowiącej załącznik do SIWZ sposobu rozliczeń z wykonawcą – zgodnie z § 5 projektu umowy zatytułowanym „Warunki płatności”, rozliczenie wykonania przedmiotu umowy odbywać się będzie w okresach miesięcznych w oparciu o faktury częściowe wystawione przez Wykonawcę za wykonane usługi zgodnie z formularzem cenowym (ust. 1). Zatem podstawą rozliczeń, a tym samym ostatecznego ustalenia wysokości wynagrodzenia wynikającego z umowy, będą ceny miesięczne. Okoliczność ta ma doniosłe znaczenie dla odniesienia się zarzutu dotyczącego błędu w obliczeniu ceny w ofercie Vaco Sp. z o.o.

Sam Odwołujący dostrzegł, że z tabel w ofercie Vaco nie wynika, w jaki sposób wykonawca ten otrzymał „wynik”, tj. cenę do porównania ofert. Należy zatem ustalić wszystkie operandy (składniki) działania arytmetycznego: bowiem albo nie dokonano pomnożenia cen miesięcznych przez 48 i wówczas „wynik” należałoby poprawić, albo – aby otrzymać ceny miesięczne, powinno się podzielić „wynik” (ceny z ostatniej kolumny tabeli) przez 48. Wątpliwość tą Zamawiający winien wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Wyjaśnienie tej wątpliwości ma znaczenie, co oczywiste, dla ustalenia cen które są porównywane w postępowaniu, a w konsekwencji – również dla jednoznacznego ustalenia ceny będącej podstawą miesięcznych rozliczeń. Bowiem Zamawiający nie może zaakceptować okoliczności, że dokonuje wyboru ofert na podstawie otrzymanych nieprawidłowo cen „wynikowych”, a rozliczał się będzie w przyszłości na podstawie cen „miesięcznych” zawartych w formularzach. W konsekwencji takiego działania Zamawiającego wybrana oferta mogłaby się podczas realizacji umowy okazać znacznie droższa od innych ofert złożonych w postępowaniu.

Na podstawie powyższych okoliczności, Izba uznała, że Zamawiający winien wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w jaki sposób doszło do ustalenia wysokości ceny „wynikowej” w ofercie Vaco Sp. z o.o., dlatego zasadne jest powtórzenie badania i oceny ofert w tym zakresie.

Odwołujący podniósł również zarzut rażąco niskiej ceny, którą w jego ocenie zaoferowano w ofertach Vaco Sp. z o.o., Mariana Petelczyca i Jana Czai. Skład orzekający Izby uznał zarzut ten za nieudowodniony. Nie są wystarczającymi dowodami złożone przez Odwołującego na rozprawie wyliczenia wynikające z kosztorysu własnego wykonania zabiegów dezynsekcji i deratyzacji oraz pozwolenia na obrót produktem biobójczym wraz z krótką kalkulacją kosztów jego użycia, wynikającą z opisu sposobu użycia zawartego w pozwoleniu są w istocie kalkulacją własną Odwołującego; artykuł z biuletynu Polskiego Stowarzyszenia Pracowników DDD autorstwa Stanisława Ignatowicza, nie jest w ocenie Izby miarodajny dla oceny stanu w konkretnej sprawie, będącej przedmiotem rozstrzygnięcia. Opinia wydana przez Polskie Stowarzyszenie Pracowników DDD zastrzega, że jest wydana bez uprzedniej wizji lokalnej, więc nie może być uznana za wystarczającą do jednoznacznego stwierdzenia rażąco niskich cen zaoferowanych w postępowaniu.

Rzeczywiście, są rozbieżności pomiędzy cenami zaoferowanymi w postępowaniu, jednak nie są to rozbieżności na tyle duże, żeby uzasadniać wszczęcie postępowania opisanego w art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Zaoferowane ceny są również znacząco (w niektórych przypadkach) niższe, niż kwoty, które Zamawiający przeznaczył na realizację poszczególnych części zamówienia, ale taka konstatacja również nie może stanowić podstawy do stwierdzenia rażąco niskiej ceny.

Zamawiający wskazał na rozprawie, że za ceny w podobnej wysokości realizuje u siebie usługi podobne do przedmiotu zamówienia; Odwołujący nie zakwestionował takiego stwierdzenia.

Wobec powyższych okoliczności, Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych.

Na podstawie § 28 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z dnia 12 października 2007 r.) w sprawach sygn. akt. KIO/UZP 1509/08 i KIO/UZP 1527/08 wydano wyrok łączny.

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

Uwzględniono koszty Odwołujących zgodnie z przedłożonymi do akt sprawy rachunkami.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 227, poz. 1163, 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:

.....

.....