

Sygn. akt KIO/UZP 772 /09

WYROK
z dnia 9 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Anna Majstrowicz

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **„Uzdrowisko Kołobrzeg” S.A., ul. ks. Piotra Ściegiennego 1, 78-100 Kołobrzeg** protestu z dnia **18 maja 2009 r.**,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża „**Uzdrowisko Kołobrzeg**” S.A., ul. ks. Piotra Ściegiennego 1, 78-100 Kołobrzeg 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 wpisu uiszczanego przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez „**Uzdrowisko Kołobrzeg**” S.A., ul. ks. Piotra Ściegiennego 1, 78-100 Kołobrzeg na rzecz **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia 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 postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Wykonywanie kompleksowych usług w zakresie codziennego sprzątnia pomieszczeń w obiektach sanatoryjnych „Uzdrowisko Kołobrzeg” S.A.”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, **zamawiający – „Uzdrowisko Kołobrzeg” S.A. z siedzibą w Kołobrzegu**, w toku badania i oceny ofert, wezwał pismem z dnia 6 maja 2009 r., w trybie art. 87 ust. 1 (nie podał przepisu prawnego, lecz z treści pisma wynika, że wezwanie dokonane zostało we wskazanym trybie) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), zwanej w skrócie Pzp,

odwołującego - Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie powstałych wątpliwości co do prawidłowości w sposobie obliczenia ceny oferty.

Odwołujący udzielił wyjaśnień w piśmie z dnia 8 maja 2009 r., tj. zdaniem odwołującego, precyzyjnie wskazał w jaki sposób obliczył cenę oferty.

Pismem z dnia 12 maja 2009 r., doręczonym odwołującemu w dniu 13 maja 2009 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, z powodu nie udzielenia odpowiedzi na wezwanie dokonane pismem z dnia 6 maja 2009 r. w sprawie sposobu obliczenia ceny oferty. Zamawiający podniósł, że odwołujący nie podał odpowiedzi wyjaśniającej sposobu obliczenia oferty, w związku z czym uznał, że cena oferty zawiera błąd rachunkowy, którego nie można poprawić na podstawie przepisów Pzp.

Na czynność zamawiającego, odwołujący wniósł w dniu 18 maja 2009 r. protest. Protest został oddalony pismem z dnia 25 maja 2009 r. Wobec czego, odwołujący wniósł pismem z dnia 2 czerwca 2009 r. odwołanie, składając pismo w placówce pocztowej operatora publicznego we Wrocławiu w dniu 3 czerwca 2009 r.

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, którego zarzuty odpowiadają zarzutom zawartym w proteście, odwołujący podał, że zamawiający naruszył zasady udzielania zamówień publicznych, w tym zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przez:

- 1) uznanie, że zaszły przesłanki do odrzucenia oferty odwołującego i niezgodne z Pzp odrzucenie oferty odwołującego,
- 2) niezastosowanie procedury określonej w Pzp, tj. odrzucenie oferty odwołującego bez jednoczesnego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnienia postępowania,
- 3) nie wskazanie uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia oferty odwołującego,
- 4) błędne pouczenie o terminach korzystania ze środków ochrony prawnej,
- 5) niezastosowanie reguł poprawiania omyłek rachunkowych, jeśli zamawiający doszedł do wniosku, że z taką omyłką ma do czynienia.

Wskazane czynności i zaniechania zamawiającego stanowią naruszenie przepisów art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 91 ust. 1, art. 92 ust. 1 i 2, art. 180 ust. 2 i art. 87 Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uchylenie czynności odrzucenia oferty odwołującego,

- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

Odwołujący oświadczył, że ma interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż w razie uwzględnienia odwołania jego oferta jest ofertą prawidłową, nie podlegającą odrzuceniu oraz najkorzystniejszą w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania podał.

W dniu 6 maja 2009 r. Odwołujący otrzymał faksem wezwanie datowane w tym dniu do udzielenia wyjaśnień odnośnie sposobu obliczenia ceny, jako że zamawiający powziął "wątpliwości co do prawidłowości w sposobie obliczenia ceny oferty". Zamawiający nie wskazał na czym owe wątpliwości miały się opierać, w sposób nie budzący wątpliwości żądał jedynie wskazania metody wg jakiej obliczona została cena znajdująca się w ofercie odwołującego - "prosimy o podanie sposobu ustalenia kwoty 1 426 970,04 zł".

W dniu 8 maja 2009 r. odwołujący udzielił żądanych wyjaśnień, tj. precyzyjnie wskazał w jaki sposób obliczył cenę, którą następnie zaproponował w ofercie.

Odwołujący przywołał dane dotyczące wielkości powierzchni podlegającej sprzątnięciu wraz z częstotliwością, narzucone w siwz oraz w sposób opisowy wskazał jakich działań matematycznych dokonał.

Mimo tego w dniu 13 maja 2009 r. otrzymał faksem pismo datowane na dzień 12 maja 2009 r. o odrzuceniu jego oferty, z uwagi na brak żądanych wyjaśnień, a co za tym idzie uznanie, że jego oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny.

W piśmie informującym o odrzuceniu oferty zamawiający nie wyjaśnił na czym polega błąd, czyli pominął uzasadnienie faktyczne i prawne swojej decyzji.

Decyzja zamawiającego, o ocenie odwołującego, narusza zasady określone w ustawie Pzp.

Pismo o odrzuceniu oferty zawierało istotne braki formalne, zaś szczegółowa jego analiza wskazała, iż podane w nim przepisy prawne zostały przytoczone bez znajomości ich treści, w sposób przypadkowy i chaotyczny, bez związku z przedmiotowym postępowaniem.

Odwołujący podniósł, że dopiero w piśmie zawierającym rozstrzygnięcie protestu zamawiający próbował wskazać na czym polega błąd w obliczeniu ceny oferty.

Wcześniej, w żadnym piśmie, nie sprecyzował swoich wątpliwości i nie dał szans odwołującemu do merytorycznego ustosunkowania się do zarzutów.

Odwołujący uznał, że przyjęte przez zamawiającego obliczenia, podane w piśmie o rozstrzygnięciu protestu, są sprzeczne z wymogami zawartymi w siwz.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, jako prawidłowe obliczenie ceny, uznał uzyskanie kwoty z przemnożenia wskazanej w ofercie ceny jednostkowej przypadającej na 1 m² powierzchni miesięczne i wielkości powierzchni utrzymania czystości wyrażonej w m² (4,08

zł, pomnożone przez liczbę sprzątaných metrów powierzchni – 33 002,90 m²) i pomnożone przez 12 - liczba miesięcy w roku, co stanowi roczny koszt utrzymania czystości każdego dnia powierzchni 33 002,90 m², w kwocie 1 615 821,98 zł.

Powyższe obliczenie jest z matematycznego punktu prawidłowe. Jest natomiast całkowicie nieprawidłowe, jeśli chodzi o sposób obliczenia ceny na potrzeby prowadzonego postępowania. Taki sposób obliczenia ceny całkowicie abstrahuje od treści siwz, która precyzuje, iż nie wszystkie powierzchnie objęte usługą mają być sprzątane codziennie. Codziennie sprzątaných jest bowiem nie 33 002,90 m², jak przyjął odwołujący w piśmie z dnia 25 maja 2009 r., a jedynie 28 132 m², co wynika z siwz.

Zmiana przez zamawiającego jednego z parametrów obliczania ceny oferty, musi skutkować przekonaniem, że cena obliczona zgodnie z zasadami podanymi w siwz, jest błędna. W ocenie odwołującego, to zamawiający sprawdził oferty w sposób sprzeczny z wcześniej ustalonymi zasadami, a odwołujący nie popełnił błędu w tym względzie.

Drugie wyliczenie, jak podkreślał zamawiający - przy hipotetycznym założeniu zgodności metody podanej przez odwołującego, w odpowiedzi na pytania dotyczące treści siwz, jest już zbliżone do wartości oferowanych przez odwołującego.

Różnica wynika z założenia przyjętego przez zamawiającego, iż wykonawcy obliczają wartość świadczenia usługi dla roku.

Ponieważ jednak podstawą rozliczenia za wykonane usługi jest miesiąc, to odwołujący obliczał tak naprawdę miesięczną wartość umowy, którą następnie mnożył przez dwanaście miesięcy.

Zgodnie z siwz (z wykorzystaniem wzoru zawartego w § 5 ust. 6 umowy, gdzie wskazano jak przy rozliczeniach będą traktowane usługi nie wykonywane we wszystkie dni miesiąca) obliczenie wygląda następująco:

- 1) powierzchnia sprzątana codziennie:

$28\,132\text{ m}^2$, czyli co miesiąc $28\,132\text{ m}^2$,

- 2) powierzchnia sprzątana co 2 dzień:

$(1\,111,91\text{ m}^2 \times 15) : 30$, czyli co miesiąc $555,96\text{ m}^2$,

- 3) powierzchnia sprzątana 1 raz w tygodniu (52 tygodnie: 12 miesięcy = średnio 4,33 na miesiąc):

$(2\,994,31\text{ m}^2 \times 4,33) : 30$, czyli co miesiąc $432,18\text{ m}^2$,

- 4) powierzchnia sprzątana 1 raz w miesiącu:

$(764,68\text{ m}^2 \times 1) : 30$, czyli co miesiąc $25,49\text{ m}^2$.

Zatem, łącznie, co miesiąc wykonawca ma posprzątać powierzchnię $29\,145,63\text{ m}^2$.

W tej sytuacji pomnożenie oferowanej stawki jednostkowej w kwocie 4,08 zł przez liczbę metrów podlegających sprzątnięciu w miesiącu 29 145,63 m², daje miesięczny koszt świadczenia usług w wysokości 118 914,17 zł. W skali roku daje to kwotę 1 426 970,04 zł.

Kwota obliczona przez odwołującego jest zatem, prawidłowa.

Powyższa metoda została precyzyjnie przedstawiona zamawiającemu w odpowiedzi na pytanie o metodę obliczenia.

Odwołujący nie wskazywał, iż obliczał najpierw wartość umowy dla roku, a dopiero później dla miesiąca, przeciwnie, konsekwentnie cały czas posługiwał się parametrami odnoszącymi się do okresu rozliczeniowego, którym jest miesiąc.

Wbrew zawartym ponownie w rozstrzygnięciu protestu sugestiom, że odwołujący nie udzielił odpowiedzi na pytanie dotyczące metody obliczenia ceny oferty, odwołujący podkreślił, iż na zadane pytanie udzielił odpowiedzi.

Fakt ten pośrednio potwierdza zamawiający, pisząc o metodzie obliczania podanej przez odwołującego (z błędnym jedynie założeniem, iż liczono najpierw roczną wartość usług).

Proponowana metoda jest w pełni zgodna z treścią siwz, a nie tylko hipotetycznie, jak określił to zamawiający.

Zdaniem odwołującego, jeżeli zamawiający oczekiwał innego sposobu obliczenia ceny, co nie wynika z postanowień siwz, to mając stałe dane w postaci oferowanej ceny jednostkowej i liczby metrów do posprzątnięcia, zobowiązany był do zastosowania art. 88 Pzp (przepis aktualnie uchylony) i poprawienia błędu rachunkowego w obliczeniu ceny i uwzględnienia wynikającej z tego konsekwencji finansowej.

Zamawiający w swojej chęci odrzucenia oferty odwołującego za wszelką cenę, pominął powyższy obowiązek i po raz kolejny naruszył zasady określone w ustawie Pzp (tak jak i nie ustosunkował się do zarzutu braku rozstrzygnięcia postępowania przy odrzuceniu oferty odwołującego). Odwołujący podał, że art. 88 Pzp obliguje zamawiającego do pewnych działań (choć zdaniem odwołującego nie są one w niniejszym przypadku konieczne), a nie daje tylko uprawnień do ewentualnego skorzystania z możliwości poprawienia błędów rachunkowych w ofercie.

Zamawiający powyższego nie dopełnił, mimo, że postępując konsekwentnie z przyjętym przez siebie tokiem rozumowania, był do tego zobowiązany.

Zamawiający oddalając protest podał, jak niżej.

W dniu 6 maja 2009 r. protestujący został wezwany do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie powstałych wątpliwości co do prawidłowości w sposobie obliczenia ceny oferty. W związku z czym, zamawiający zobowiązał protestującego do podania sposobu ustalenia kwoty 1 426 970,04 zł, stanowiącej podstawę wyboru wykonawcy w warunkach ustalenia przez protestującego stawki 4,08 zł /m², przy stałej wartości powierzchni sprzątnięcia wynoszącej

33 002,90 m². Protestujący w piśmie z dnia 8 maja 2009 r. nie odpowiedział na zadane pytanie, ograniczając się jedynie do podania metody obliczenia wynagrodzenia będącego podstawą wyboru oferty wskazując, iż wynika ona wprost z § 5 projektu umowy stanowiącej załącznik nr 4 do siwz. Zgodnie z pkt 11 siwz, sposób obliczania ceny oferty obligował wykonawców do obliczenia ceny oferty dla okresu dwunastomiesięcznego na "podstawie kosztorysu, stanowiącego załącznik do oferty". Natomiast w § 5 projektu umowy zawarto sposób obliczania wartości przedmiotu umowy w skali jednego miesiąca dla potrzeb rozliczania się między stronami umowy już po wyborze wykonawcy. Tym samym przyjęcie przez protestującego tej metody obliczenia ceny oferty dla potrzeb wyłonienia wykonawcy było błędne i nieuzasadnione treścią siwz. Prawidłowe obliczenie ceny oferty powinno być iloczynem ustalonej przez wykonawcę stawki za m² i całkowitej powierzchni do sprzątnięcia, tj. 33 002,90 m². Zgodnie z tymi założeniami sposób obliczenia oferty protestującego powinien być ustalony w sposób następujący:

$4,08 \text{ zł za m}^2 \times 33\,002,90 \text{ m}^2 \times 12 \text{ miesięcy} = 1\,615\,821,98 \text{ zł}.$

Prawidłowo obliczona cena oferty w sposób znaczący odbiega od wartości podanej w ofercie protestującego, a różnica w cenie wynosi 188 851,94 zł.

Przyjmując nawet hipotetycznie, iż sposób obliczenia ceny oferty opisany w pkt 11 siwz koresponduje z metodą podaną przez protestującego, należy stwierdzić, iż cena ta również jest obliczona nieprawidłowo, co wykazuje poniższe wyliczenie:

- 1) powierzchnia sprzątnięta codziennie: $28\,132 \text{ m}^2 \times 365 \text{ dni} \times 4,08 \text{ zł/m}^2 = 41\,894\,174,40 \text{ zł},$
- 2) powierzchnia sprzątnięta co 2 dzień: $1\,111,91 \text{ m}^2 \times 182 \text{ dni} \times 4,08 \text{ zł/m}^2 = 825\,659,89 \text{ zł},$
- 3) powierzchnia sprzątnięta 1 raz w tygodniu: $2\,994,31 \text{ m}^2 \times 52 \text{ dni} \times 4,08 \text{ zł/m}^2 = 635\,272,81 \text{ zł},$
- 4) powierzchnia sprzątnięta 1 raz w miesiącu: $764,68 \text{ m}^2 \times 12 \text{ dni} \times 4,08 \text{ zł/m}^2 = 37\,438,73 \text{ zł}.$

Razem: $43\,392\,545,83 \text{ zł} : 30 \text{ dni} = 1\,446\,418,19 \text{ zł}.$

Również kwota obliczona metodą podaną przez protestującego odbiega od ceny podanej w ofercie, o wartość 19 448,15 zł.

Zdaniem zamawiającego, protestujący celowo nie zastosował się do wezwania o udzielenie wyjaśnień, albowiem w pełni zdawał sobie sprawę z błędów w zakresie przyjętej metody, jak i działań rachunkowych w obliczaniu ceny oferty. Ponieważ w obu sposobach obliczania ceny oferty zachodzą podstawy prawne i faktyczne do jej odrzucenia w trybie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, zamawiający oddalił protest jako niezasadny.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie dokumentów zawartych w aktach sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania wraz z ofertami, dostarczonej przez zamawiającego oraz wyjaśnień i oświadczeń pełnomocników stron postępowania złożonych na posiedzeniu i rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący legitymuje się posiadaniem interesu prawnego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust.1 Pzp, bowiem wykazał, że na skutek czynności zamawiającego doznał uszczerbku prawnego w uzyskaniu zamówienia.

W postępowaniu złożono 6 ofert. W wyniku pierwotnej oceny ofert, o czym zamawiający zawiadomił wykonawców pismem z dnia 12 marca 2009 r., oferta odwołującego uzyskała drugą pozycję, zawierała bowiem cenę ofertową, jak określił to zamawiający opisując kryteria oceny ofert w pkt 13 siwz o wadze kryterium 100%, 1 740 903,45 zł za 1 rok usługi.

W wyniku wykonania wyroku KIO z dnia 21 kwietnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 444/09 została wyeliminowana z postępowania przez odrzucenie, oferta pierwotnie wybrana jako najkorzystniejsza, założona przez wykonawcę „EWMAR” Wasilewska i Szemborski Sp. J. z siedzibą w Koszalinie. Oferta odwołującego zawiera najniższą cenę, co potwierdził zamawiający, wyjaśniając, że pozostałe oferty – nr 1, 3, 4, 6 zawierają wyższe ceny, przewyższające nawet kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zatem, w razie uwzględnienia odwołania i uznania, że oferta odwołującego została bezzasadnie odrzucona, odwołujący ma realne szanse uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z treścią, dodanego w wyniku nowelizacji ustawy Pzp, art. 191 ust.1a, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W rozpoznanej sprawie, w ocenie Izby, doszło do naruszenia przepisów ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, z powodu nie podania w wyjaśnieniach, złożonych na wezwanie zamawiającego, „odpowiedzi wyjaśniającej sposób wyliczenia ceny oferty”, co stało się podstawą uznania przez zamawiającego, że „oferta zawiera błąd rachunkowy, którego nie można poprawić” i również, że „W tej sytuacji zaistniały okoliczności uzasadniające odrzucenie oferty, zgodnie z art. 91 ust.1 powołanej ustawy Prawo Zamówień Publicznych”.

Wskazane naruszenie przepisów Pzp ma niewątpliwie istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

KIO dokonała następujących ustaleń.

Zamawiający, będąc zobowiązanym na mocy art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp do opisu sposobu obliczenia ceny w siwz, opisał w pkt 11 siwz sposób obliczenia ceny oferty następująco: wskazał w pkt 11.1, iż „Wykonawca oblicza cenę oferty dla okresu **dwunastomiesięcznego** na podstawie kosztorysu, który będzie stanowił załącznik do oferty i następnie wynik ten wpisuje cyfrowo i słownie do formularza oferty.” W pkt 11.2 podał, że „W kosztorysie należy podać średniomiesięczne koszty odnoszące się do:

- kosztów osobowych,
- zakupu środków chemicznych i higienicznych,
- zakupu środków do dezynfekcji,
- zakupu i amortyzacji sprzętu,
- pozostałe koszty (wymienić jakie),
- cenę za jednorazowe wykonanie krystalizacji posadzek marmurowych,
- średniomiesięczny zysk,
- miesięczny podatek VAT”.

W zakresie sposobu wypełnienia formularza oferty, który stanowi załącznik nr 3 do siwz, zamawiający wbrew obowiązkowi żądania podania ceny oferty zgodnie z treścią art. 2 pkt 1 Pzp, jako ceny w rozumieniu art. 3 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.), a więc ceny usługi wraz z podatkiem VAT, zażądał w pkt 11.3 siwz co następuje: „W formularzu oferty należy podać w PLN cenę oferty netto, wartość podatku VAT oraz cenę oferty brutto. Cena ta będzie brana pod uwagę przez komisję przetargową w trakcie wyboru najkorzystniejszej oferty”.

Zamawiający przyznał na rozprawie, że cenę oferty należało przedstawić zgodnie z opisem zawartym w pkt 11 siwz.

W dalszej treści siwz zamawiający podał w pkt 11.4 „Oprócz wartości, o których mowa w punkcie 11 ust. 3 wykonawca obliczy cenę jednostkową wykonania usługi przypadającą na 1 m² powierzchni użytkowej przeznaczonej do sprzątnia. Cena jednostkowa stanowić będzie podstawę do wyliczenia ewentualnych kar umownych lub obniżek wynagrodzenia określonych w przyszłej umowie.”

Z powyższego jednoznacznie wynika, w ocenie KIO, że cenę oferty należało obliczyć jako „cenę ofertową” (pkt 13 siwz) dla okresu dwunastomiesięcznego, na podstawie kosztorysu sporządzonego przez wykonawców (pkt 11.1), zawierającego średniomiesięczne koszty w zakresie obszarów wskazanych w pkt 11.2 siwz, podaną następnie w formularzu oferty, z uwzględnieniem wskazanej wyżej definicji ceny, jako ceny oferty brutto (co przyznał zamawiający w toku rozprawy).

Cena jednostkowa wykonania usług przypadająca na 1 m² powierzchni użytkowej przeznaczonej do sprzątnia, zgodnie z przytoczonym wyżej opisem zawartym w pkt 11.4

siwz, z którego wynika charakter i przeznaczenie tej ceny, nie miała być brana pod uwagę przy obliczaniu ceny oferty w sposób opisany w pkt 11.1, 11.2 i 11.3 siwz.

Ustalenia te znalazły potwierdzenie w rozstrzygnięciu protestu, w którym zamawiający podał, że „Zgodnie z pkt 11 SIWZ sposób obliczania oferty obligował wykonawców do obliczenia ceny oferty dla okresu dwunastomiesięcznego na podstawie kosztorysu, stanowiącego załącznik do oferty” (str. 2 pisma).

Odwołujący załączył do oferty, nie kwestionowany w żadnym zakresie przez zamawiającego, stanowiący str. 5, „Kosztorys dla okresu miesięcznego”, przedstawiony w formie tabeli składającej się z dwóch kolumn i 13 wierszy, w której w pierwszej kolumnie powtórzył z odpowiednim uzupełnieniem opis zawarty w pkt 11.2 siwz, zaś w drugiej kolumnie podał średniomiesięczne koszty odnoszące się do okresu dwunastomiesięcznego. W drugiej kolumnie w wierszu 9 podał łączną kwotę z wierszy 2-7 w wysokości miesięcznej 118 914,17 zł, w wierszu 10 podał miesięczny podatek VAT w kwocie 26 161,12 zł i w wierszu 11 podał wartość usługi brutto w kwocie miesięcznej 145 075,29 zł. Wynik odnoszący się do wartości netto, VAT i wartości brutto sprowadził do okresu dwunastomiesięcznego (mnożąc przez 12), wpisał cyfrowo i słownie do formularza oferta, stanowiącego str. 2 oferty, przedstawiając wartości, jako kwoty: 1 426 970,04 zł netto, 313 933,41 VAT, 1 740 903,45 zł brutto.

Zatem, jako cenę oferty, rozumianą właściwie, zgodnie z pkt 11.3 i 13 siwz, powinna stanowić kwota podana w formularzu oferty w wysokości 1 740 903,45 zł. Zamawiający w toku pierwotnej oceny ofert nie zakwestionował sposobu obliczenia ceny oferty odwołującego, co potwierdza zawiadomienie o wyborze oferty z dnia 12 marca 2009 r.

Pismem z dnia 6 maja 2009 r. wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień podając, że po powtórnych badaniach komisja przetargowa stwierdziła uzasadnione wątpliwości co do prawidłowości w sposobie obliczania ceny oferty. Prosił o podanie sposobu ustalenia kwoty 1 426 970,04 zł, stanowiącej podstawę wyboru wykonawcy w warunkach ustalenia stawki w wysokości 4,08 zł /m² przy stałej wartości powierzchni wynoszącej 33 002,90 m².

Treść pisma, w ocenie KIO, przeczy treści siwz. Po pierwsze, kwota 1 426 970,04 zł, jako netto, nie stanowiła ceny oferty, po drugie, nie stanowiła podstawy wyboru oferty wykonawcy z uwzględnieniem ceny jednostkowej, po trzecie, zamawiający nie określił w siwz (pkt 11), że cenę oferty należy obliczyć z uwzględnieniem stałej wielkości powierzchni wynoszącej 33 002,90 m².

Byłoby to nielogiczne i pozbawione podstaw ekonomicznych, w sytuacji, gdy zamawiający, w zasadny sposób uwzględniając specyficzny zakres sprzątnięcia, podał w załączniku nr 1 do siwz charakterystykę obiektów przeznaczonych do sprzątnięcia, w załączniku nr 2 opisał częstotliwość sprzątnięcia, dzieląc powierzchnię na sprzątnięte - codziennie, co drugi dzień, 1

raz w tygodniu i 1 raz w miesiącu. Suma podzielonych powierzchni wynosi 33 002,90 m². Wykaz częstotliwości sprzątnia podał również w załączniku nr 2 do umowy.

W załączniku nr 4 do siwz – umowa, zamawiający powołał się w § 1 ust. 4 na szczegółowy wykaz obiektów (...) oraz wymaganą częstotliwość sprzątnia pomieszczeń, w § 4 ust. 3 podał, że wykonawcę będzie obowiązywał harmonogram sprzątnia z podziałem na strefy czystości, regulujące sposób, częstotliwość i godziny sprzątnia w poszczególnych strefach, z wyszczególnieniem czynności codziennych i okresowych.

W § 5 w ust. 1 umowy wskazał w sposób bardzo dokładny i jednoznaczny, w przeciwieństwie do opisu zawartego w pkt 11 siwz, że wartość umowy w skali jednego miesiąca ustala się jako iloczyn powierzchni faktycznie sprzątnianej, określonej na podstawie załącznika nr 2, wykazu częstotliwości sprzątnia pomieszczeń i stawki za metr kwadratowy powierzchni, tj. (...) zł netto.

W § 5 ust. 6 umowy podał wzór według, którego będzie obliczana wysokość wynagrodzenia za wykonanie usługi w pomieszczeniach sprzątnianych rzadziej, niż codziennie (powierzchnia pomieszczenia w m² x stawka miesięczna za m² powierzchni, podzielona przez 30 i wynik pomnożony przez ilość dni, w których odbywało się sprzątnie).

Zamawiający, będąc uprawnionym na mocy art. 87 ust. 1 Pzp, miał prawo żądać od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Jednakże w piśmie z dnia 6 maja 2009 r. żądał podania sposobu ustalenia kwoty, wskazanej w formularzu oferta, opracowanym przez zamawiającego, jako wartość netto oferty (1 426 970,04 zł), przy stałej wartości powierzchni sprzątnia, czego nie żądał, zarówno w pkt 11 siwz, jak i w podanych wyżej załącznikach do siwz i załącznikach do umowy.

Odwołujący udzielił wyjaśnień składając pismo z dnia 8 maja 2009 r.

W ocenie KIO, odwołujący wyjaśniając sposób uzyskania kwoty netto z zastosowaniem ceny jednostkowej, zasadnie odniósł się do częstotliwości sprzątnia powierzchni. Na str. 2 pisma, powołując się na postanowienia projektu umowy, przedstawił sposób, metodę czy technikę obliczenia żądanej kwoty.

W ocenie KIO, nie ma żadnego znaczenia w sprawie, czy wyjaśnienia odwołującego określone zostaną jako metoda, czy jako sposób, czemu nadał szczególne znaczenie pełnomocnik zamawiającego podczas rozprawy, oświadczając, że w wezwaniu do udzielenia wyjaśnień z dnia 6 maja 2009 r. żądał od odwołującego podania sposobu obliczenia ceny oferty, natomiast odwołujący w odwołaniu wskazał, że zamawiający żądał podania metody obliczenia ceny i w udzielonej odpowiedzi na wezwanie, odwołujący podał metodę obliczenia ceny oferty, a nie sposób, powołując się przy tym na treść siwz i § 5 wzoru umowy, który stanowi o wartości wykonanych usług w skali jednego miesiąca.

Zamawiający potwierdził w toku rozprawy, że z treści siwz nie wynikał obowiązek wykazania przez wykonawców ani metody ani sposobu obliczenia ceny i, że dokonał sprawdzenia cen ofert na podstawie postanowień zawartych w pkt 11 siwz.

Powyższy sposób obliczenia ceny oferty (z zastosowaniem częstotliwości sprzątnia) wynika również z wyroku KIO z dnia 21 kwietnia 2009 r., wydanego w postępowaniu odwoławczym, którego stronami były strony obecnego postępowania.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego (pismo z dnia 12 maja 2009 r.), wskazując jako przyczynę nie podanie odpowiedzi wyjaśniającej sposobu obliczenia ceny oferty, co uznał za błąd rachunkowy, skutkujący odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

KIO zauważa, że w wyjaśnieniach odwołujący podał sposób obliczenia kwoty, o którą prosił zamawiający. Jeżeli nawet zamawiający uznał, że wyjaśnienia nie odpowiadają jego oczekiwaniom, nie miał podstaw do odrzucenia z tego powodu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, jako oferty, która zawiera błąd w obliczeniu ceny, nie wykazując na czym polega zarzucany błąd.

Zdaniem KIO, nie może stanowić wykazania błędu w obliczeniu ceny oferty, przedstawione przez zamawiającego dopiero w rozstrzygnięciu protestu, wyliczenie, z którego wynika, że należało przyjąć łączną wielkość sprzątnanych powierzchni bez zróżnicowania częstotliwości (33 002,90 m²), czy też wskazanie jako sprzątnia z częstotliwością co drugi dzień i 1 raz w miesiącu, odpowiednio 182 dni i 12 dni w roku, w sytuacji, gdy takich danych nie podał w siwz, przy obowiązkowym opisie sposobu obliczenia ceny oferty.

W ocenie KIO, nie żadnego uzasadnienia uznanie odmiennego sposobu obliczenia ceny oferty za błąd w jej obliczeniu, jeżeli błędu tego nie można wyprowadzić na podstawie przygotowanej przez zamawiającego dokumentacji, w tym siwz.

W doktrynie oraz w orzecznictwie sądowym i arbitrażowym wielokrotnie podkreślano, że czynność odrzucenia oferty, jest czynnością powodującą istotne skutki dla wykonawcy, którego czynność ta dotyczy, jak i zamawiającego, bowiem często przesądza o odmiennym wyniku postępowania. Zatem, odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie w sytuacji rzeczywistego wystąpienia przesłanek określonych w art. 89 ust.1 Pzp, które zamawiający ma obowiązek wykazać – art. 92 ust.1 pkt 2 Pzp (uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty). Przepis art. 92 ust.1 Pzp, istotnie, łączy czynność zawiadomienia wykonawców o odrzuceniu ich ofert z zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, KIO uznała, że odwołanie jest zasadne, zamawiający naruszył przepis art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp, odrzucając ofertę odwołującego z powodu błędu w obliczeniu ceny oferty, którego nie wykazał.

Zatem, orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1, ust. 1a i ust. 2 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego określone na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, ograniczając jednak wysokość wynagrodzenia do kwoty 3600,00 zł, na podstawie § 4 ust.1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Koszalinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....