

Sygn. akt: KIO/UZP 1346/08

WYROK

z dnia 5 grudnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Członkowie: Emil Kuriata

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 grudnia 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., Wrocław, ul. Ślężna 118** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, Gdynia, ul. Jana z Kolna 8b** protestu z dnia 24 października 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Impel Cleaning Sp. z o.o., Wrocław, ul. Ślężna 118 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., Wrocław, ul. Ślężna 118,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., Wrocław, ul. Ślężna 118** na rzecz **Rejonowego Zarządu Infrastruktury, Gdynia, ul. Jana z Kolna 8b**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 936 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Impel Cleaning Sp. z o.o., Wrocław, ul. Ślężna 118.**

Uzasadnienie

Zamawiający tj. Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie porządku w obiektach administrowanych przez WAK w Pruszczu Gdańskim. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 lipca 2008 r. pod numerem 2008/S 134-179771.

W dniu 20 października 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej ustawą Pzp. Zamawiający uznał, iż wszyscy czterej wykonawcy złożyli oferty podlegające odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W zakresie oferty złożonej przez Impel Cleaning Sp. z o.o. stwierdził, iż w pozycji 4 formularza cenowego wyliczono nieprawidłowo wartość usługi dla warunków zimowych. Błędne wyliczenie wartości usługi polega na podaniu dwóch wartości – za miesiąc (a) oraz za 16 miesięcy wykonywania usługi (b), podczas gdy Zamawiający przewidział wyliczenie wartości za 48 miesięcy.

Na czynność odrzucenia oferty oraz unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego protest wniósł w dniu 24 października 2008 r. wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o. zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 88 ust. 1 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Protestujący zwrócił uwagę na treść Rozdziału VII punkt 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zgodnie z którym wykonawcy powinni przygotować ofertę według formularza stanowiącego Załącznik nr 1 do Specyfikacji. Z powyższego Protestujący wywodzi, iż Załącznik nr 3 do Specyfikacji stanowi jedynie narzędzie pomocnicze do wyliczenia ceny oferty przedstawionej przez wykonawcę w Załączniku nr 1. Zdaniem Protestującego, cenami wiążącymi, za które każdy z wykonawców deklaruje wykonanie przedmiotowego zamówienia, są ceny podane w formularzu ofertowym.

Wobec powyższego niedopuszczalne jest, w ocenie Protestującego, odrzucenie oferty z uwagi na występujące błędy nie podlegające poprawieniu. Podnosi, iż cena za realizację zamówienia ma charakter ryczałtowy i jest poprawna bez względu na sposób jej obliczenia, a Zamawiający zobowiązany jest do stosowania art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a ustawy Pzp.

Protestujący podkreślił także, że zasady, według których została obliczona cena za realizację zamówienia zostały wyjaśnione przez Protestującego i są zgodne z wymogami Zamawiającego tj. obejmują wszystkie koszty świadczenia przedmiotowej usługi przez cały

okres trwania umowy (48 miesięcy). Stwierdził, iż Zamawiający otrzymał dodatkowe dane o kosztach usługi w skali jednego miesiąca wykonywania usługi w okresie zimowym, czego nie wymagał, ale podania czego nie zabrania Protestującemu prawo. Zdaniem Impel Cleaning Sp. z o.o., sposób umiejscowienia momentu ponoszenia kosztów przez Protestującego w trakcie trwania umowy jest jego uprawnieniem i Zamawiający nie może nakazywać wykonawcom dowolnego rozwiązania w tym zakresie. Wskazał również, iż zgodnie z obowiązującymi przepisami, koszty rozliczane są przez przedsiębiorców w miesiącach, w których zostały faktycznie poniesione.

Wobec powyższego, zdaniem Protestującego, złożona przez niego oferta jest ważna, nie podlega odrzuceniu, a zatem unieważnienie postępowania należy uznać za bezpodstawne.

Protestujący wniósł o uchylenie czynności odrzucenia oferty Protestującego, uchylenie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie dokonał rozstrzygnięcia protestu, co zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy Pzp uznaje się za jego oddalenie.

W dniu 13 listopada 2008 r. Wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu jak w proteście, naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 88 ust. 1 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście i wniósł o nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, uchylenia decyzji o unieważnieniu postępowania oraz o nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Odwołujący dodatkowo wskazał, iż dokonanego przez niego obliczenia ceny nie można uznać za omyłkę rachunkową lub błąd w obliczeniu ceny, zatem odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jest bezzasadne. Stwierdził również, iż w przypadku uznania przez Zamawiającego, że Odwołujący dokonał wyceny realizacji przedmiotu zamówienia w okresie krótszym, niż wymagał tego Zamawiający, jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający z kolei na rozprawie wskazywał, iż cena za realizację zadania w zakresie pozycji nr 4 formularza cenowego nie jest ceną ryczałtową – Zamawiający z uwagi na nieprzewidywalność warunków zimowych przewidział możliwość występowania zróżnicowanych warunków i żądał podania cen jednostkowych osobno za zimę lekką, średnią i ciężką. Stwierdził, iż płatność będzie dokonywana za realizację usługi, a nie za gotowość do jej wykonywania. Oświadczył także, że żądał podania cen za 48 miesięcy za wszystkie zakresy usług wymienionych w Załączniku nr 3 dla porównania ofert.

Izba dokonała następujących ustaleń.

Zgodnie z pkt VIII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia cenę oferty należało określić w wysokości brutto oraz podać kwotę VAT (zgodnie z Załącznikiem nr 1). Podstawę do obliczenia ceny stanowił formularz cenowy (Załącznik nr 3 do Specyfikacji), który należało załączyć do oferty. Cena oferty powinna zawierać wszystkie koszty, jakie ponosi wykonawca.

Składając formularz ofertowy (Załącznik nr 1 do Specyfikacji), zmodyfikowany przez Zamawiającego w dniu 31 lipca 2008 r., wykonawcy zobowiązani byli złożyć zawarte w nim oświadczenie o treści „składam ofertę zgodną z przedmiotem zamówienia za cenę” oraz podać cenę brutto i kwotę VAT osobno za cztery pozycje: utrzymanie w czystości obiektów kubaturowych, utrzymanie w czystości terenów zielonych, utrzymanie w czystości terenów utwardzonych w okresie pozazimowym, utrzymanie w czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym, w także podać sumę ww. pozycji.

Formularz cenowy (Załącznik nr 3 do Specyfikacji) opracowany został przez Zamawiającego w formie tabeli i oprócz nazwy obiektu i powierzchni Zamawiający wymagał podania przez wykonawców ceny jednostkowej netto (zł/m²/m-c), wartości netto zamówienia za 48 miesięcy oraz wartości brutto zamówienia za 48 miesięcy. W zakresie pozycji 4 tabeli „Tereny utwardzone w okresie zimowym” Zamawiający zawarł wyjaśnienie, iż w kolumnie „Cena jednostkowa netto (zł/m²/m-c)” należy podać średnią arytmetyczną cenę jednostkową za 1m² 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. W formularzu tym należało także podać ceny jednostkowe za utrzymanie w czystości pomieszczeń, utrzymanie w czystości terenów zielonych, utrzymanie w czystości terenów utwardzonych w okresie pozazimowym oraz utrzymanie w czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym, przy czym w przypadku tych ostatnich należało wyróżnić zimę lekką, średnią, ciężką, a także warunki pozazimowe.

Jednocześnie w Załączniku nr 4 „Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru” (strona 7) Zamawiający podał, iż utrzymanie czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym „obejmuje okres od 1 listopada do 31 marca” – tj. pięć miesięcy w ciągu roku.

Z kolei § 2 ust. 1 projektu umowy (Załącznik nr 5 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) stanowi, iż termin realizacji zamówienia wynosi 48 miesięcy od daty podpisania umowy. W § 4 projektu umowy przewidziano zaś podanie ogólnej wartości umowy oraz wynagrodzenie miesięczne. W umowie przewidziano jednak również podanie cen jednostkowych wyszczególnionych w formularzu cenowym, na podstawie których Zamawiający będzie dokonywał wypłaty wynagrodzenia.

Odwołujący w formularzu cenowym podał ceny za realizację usługi za 48 miesięcy za następujące zakresy: utrzymanie czystości w obiektach kubaturowych, utrzymanie czystości terenów zielonych oraz utrzymanie czystości terenów utwardzonych w okresie pozazimowym, natomiast w zakresie pozycji nr 4 „Tereny utwardzone w okresie zimowym” podał, zgodnie z wyjaśnieniami zawartymi na stronie 6 oferty, kwotę stanowiącą „różnicę jaką Zamawiający będzie dopłacał do utrzymania terenów utwardzonych w okresie zimowym do kwoty z wiersza nr 3”.

W tym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do wniesienia środków ochrony prawnej.

Po analizie dokumentacji postępowania Izba stwierdziła, iż z treści Załącznika nr 3 do Specyfikacji jednoznacznie wynika wola Zamawiającego otrzymania ofert z cenami wyliczonymi za poszczególne części zamówienia za 48 miesięcy. Wynika to wyraźnie z tytułu kolumny 5 i 6 tabeli zamieszczonej w formularzu cenowym. Zamawiający nie użył w tytule tabeli sformułowania wskazującego na konieczność podania ceny za faktyczny czas realizacji usługi np. „w ciągu 48 miesięcy”, za to wyraźnie wymagał podania wartości usługi „za 48 miesięcy”. Tymczasem Odwołujący świadomie, dokonał wyceny usługi utrzymania czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym za 16 miesięcy, co wynika z pozycji 4 formularza cenowego i złożonych wyjaśnień (strona 5 i 6 oferty).

Powyższego wyliczenia nie sposób uznać za omyłkę rachunkową w obliczeniu ceny podlegającą poprawie w myśl art. 88 ustawy Pzp, wyliczenie to nie stanowi również innej, nie podlegającej poprawie omyłki rachunkowej – treść oferty nie zawiera błędnych wyników działań arytmetycznych skutkujących niewłaściwym obliczeniem ceny. Dokonane wyliczenie nie stanowi również błędu w obliczeniu ceny, do których zalicza się m.in. podanie błędnej

stawki VAT. W świetle powyższego Izba stwierdziła, iż odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp było nieuprawnione.

Izba nie przychyliła się przy tym do stanowiska Odwołującego o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia. Z treści przywołanych powyżej zapisów projektu umowy, jak również z rodzaju przedmiotu zamówienia wynika, iż podana przez Wykonawców cena za realizację zamówienia nie będzie kwotą przysługującą w z góry ustalonej wartości, a będzie ona ponoszona według rzeczywistego rozmiaru prac.

Jednocześnie Izba uznała, że podanie ceny za realizację usługi w ciągu mniej niż 48 miesięcy, choć logiczne w świetle przedmiotu zamówienia, wobec wyraźnego żądania Zamawiającego stanowi o merytorycznej niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Z uwagi na datę dokonania czynności rozstrzygnięcia postępowania i jego unieważnienia tj. 20 października 2008 r., zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp sprzed nowelizacji, która weszła w życie w dniu 24 października 2008 r. Wobec powyższego, Izba nie rozważała możliwości poprawienia ww. niezgodności w trybie znowelizowanego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie, z uwagi na dyspozycję art. 4 ust. 2 ww. ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie nowelizacji ustawy Pzp oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań stosuje się znowelizowane przepisy działu VI ustawy Pzp. W związku z powyższym, mimo uznania za zasadny zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na fakt, iż stwierdzone naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania wobec konieczności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Zamawiający oceniając złożone w postępowaniu oferty jednakowo ocenił popełnione w postępowaniu przez Wykonawców błędy w ofertach i uznając, iż istnieje konieczność odrzucenia wszystkich złożonych ofert unieważnił postępowanie.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wobec uznania, iż nie złożono w postępowaniu oferty nie podlegającej odrzuceniu nie miał możliwości dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie wykazał na czym polega naruszenie przez Zamawiającego art. 91 ust. 2

ustawy Pzp – Zamawiający określił kryterium oceny ofert zgodnie z dyspozycją ww. przepisu – jedynym kryterium oceny ofert jest w przedmiotowym postępowaniu cena.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. 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. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami Zamawiającego stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie z przedłożonym rachunkiem w wysokości ograniczonej do maksymalnej kwoty określonej przepisami rozporządzenia), Izba obciążyła Odwołującego.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....