

Sygn. akt: KIO 438/13

WYROK
z dnia 12 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2013 r. przez Wykonawcę **City Patrol Sp. z o.o.**, 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 2 w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Muzeum Historii Żydów Polskich w Warszawie**, 00-040 Warszawa, ul. Warecka 4/6

przy udziale Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Agencja Ochrony Mienia AROMIG Sp. z o.o.**, 02-255 Warszawa, ul. Krakowiaków 80/98, „**PROLEX**” **Sp. z o.o.**, 53-661 Wrocław, Pl. Solidarności 1/3/5 zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie .

2. Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę **City Patrol Sp. z o.o.**, 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 2 i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę **City Patrol Sp. z o.o.**, 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 2 tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Wykonawcy **City Patrol Sp. z o.o.**, 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 2 na rzecz Zamawiającego **Muzeum Historii Żydów Polskich w Warszawie**, 00-040 Warszawa, ul. Warecka 4/6 kwotę **3.600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego strony poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Muzeum Historii Żydów Polskich z siedzibą w Warszawie na świadczenie usługi *ochrony osób i mienia Muzeum Historii Żydów Polskich* (nr postępowania: K.MHŻP.01.2013), wobec czynności oceny i odrzucenia własnej oferty, Wykonawca City Patrol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł w dniu 27 lutego 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 438/13).

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 27.02.2013 r.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24.01.2013 r., poz. 33922.

Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia nie przekracza kwoty określonej w rozporządzeniu wykonawczym dla usług, stanowiącej o obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pełnej procedurze „unijnej”.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3, do których naruszenia doprowadzić miała czynność oceny oferty Odwołującego, zakończona jej odrzuceniem jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zaniechanie czynności poprawienia treści oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający poinformował Wykonawcę wnoszącego odwołanie o wynikach oceny jego oferty w dniu 22 lutego 2013 r. pocztą elektroniczną. Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za niezgodną z treścią swiz w zakresie formularza ofertowego oraz informacji w nim zawartych dotyczących cen jednostkowych z wymaganiami siwz w brzmieniu ustalonym w wyjaśnieniach i modyfikacji treści siwz nr 1 z dnia 31.01.2013 r.

Podnosząc zarzut bezzasadności uznania oferty za niezgodną z treścią siwz, Odwołujący wskazał na zakres przedmiotu zamówienia, jak i złożoną ofertę obejmującą wykonanie usługi będącej przedmiotem zamówienia za cenę 701.403 zł. brutto w rozbiciu na cenę za miesiąc realizacji zamówienia (46.760,20 brutto), cenę jednej roboczogodziny

pracownika ochrony na I zmianie (9,83 zł. brutto), pracownika ochrony na II zmianie (9,83 zł. brutto) i cenę jednej roboczogodziny pracownika ochrony podczas patrolu interwencyjnego (1,00 zł. brutto).

Odwołujący przyznał, iż w formularzu ofertowym cena jednostkowa roboczogodziny pracownika ochrony została wskazana w innym ujęciu, aniżeli wymagał tego Zamawiający. W jego ocenie, uchybienie to nie jest istotne i dotyczy formy, a nie treści oferty. Odwołujący wskazał, iż cena oferty określona została jako cena ryczałtowa, a sposób ujęcia cen jednostkowych będących podstawą obliczenia ceny oferty nie ma decydującego znaczenia. W ocenie odwołującego w przedmiotowym stanie nie można mówić, iż oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji zamówienia w całości. Przedstawienie w sposób odmienny od oczekiwań Zamawiającego cen jednostkowych nie powoduje niemożności realizacji umowy ani też niemożności dokonania wzajemnych rozliczeń, czy też niejasności w zakresie ceny ryczałtowej. Nie skutkuje to również zaoferowaniem świadczenia innego niż wymagane przez Zamawiającego. Powyższe uzasadniać ma zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Ponadto, w ocenie Odwołującego, Zamawiający mógł w oparciu o podane przez Odwołującego ceny jednostkowe roboczogodziny pracownika ochrony, przyjąć ceny jednostkowe w rozbiciu na: cenę jednej roboczogodziny pracownika ochrony z licencją I stopnia, pracownika ochrony z licencją II stopnia, cenę jednej roboczogodziny pracownika ochrony z licencją I stopnia i znajomością języka angielskiego, cenę jednej roboczogodziny pracownika ze znajomością języka angielskiego, cenę jednej roboczogodziny strażaka. Zamawiający mógł przyjąć stawkę 9,83 zł. brutto podaną w ofercie Odwołującego dla każdej z wymienionych cen jednostkowych. W ocenie Odwołującego, uchybienia polegające na wyszczególnieniu ceny jednostkowych w innym układzie, stanowi omyłkę, która powinna zostać poprawiona przez Zamawiającego zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W przypadku wątpliwości obowiązkiem Zamawiającego było zwrócenie się do Wykonawcy o ich wyjaśnienie, czego Zamawiający zaniechał, naruszając normę art. 87 ust. 1 ustawy.

W dniu 04.03.2013 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Wykonawca – konsorcjum w składzie: Agencja Ochrony Mienia AROMIG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz PROLEX Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z

uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), tekst jednolity Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm., zwanej dalej „ustawą”.

Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 ustawy i skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty City Patrol Sp. z o.o., Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przystępując do rozpoznania merytorycznych zarzutów Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia, czy wnosząc odwołanie Wykonawca ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, a także czy poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, stanowiących materialno prawną przesłankę do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy). Uwzględniając zakres zarzutów, które sprowadzały się do kwestionowania decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający kwestionował istnienie tegoż interesu wskazując na okoliczność, iż oferta Wykonawcy zajęłaby drugie miejsce w rankingu ofert przy uwzględnieniu ustalonych w postępowaniu kryteriów oceny ofert. Odwołujący wskazywał natomiast, iż według głównego kryterium (cena – 90%) jego oferta jest najkorzystniejsza, co ma wskazywać na posiadanie interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Ponieważ Zamawiający nie dokonał formalnie oceny oferty Odwołującego w kryteriach oceny ofert, Izba nie mogła stwierdzić, jaką ilość punktów oferta Odwołującego uzyskałaby w drugim kryterium oceny (doświadczenie), tym bardziej, iż Zamawiający wskazywał na wątpliwości jakich rozwiązania wymagało przeprowadzenie tej oceny. Ostateczna ilość punktów, jakie mogła uzyskać oferta Odwołującego nie była zatem pewna, stąd Izba uznała, iż okoliczność ta nie może być przesądzającą dla stwierdzenia braku naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, czy też braku możliwości poniesienia szkody. Nawet przyjmując stanowisko Zamawiającego, iż oferta Odwołującego mogła zostać sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert, okoliczność ta w sposób dostateczny wykazywałaby spełnienie przesłanki do merytorycznego rozpoznania odwołania. Nie budzi rozbieżności w orzecznictwie stanowisko, iż wykonawca, którego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji ma szansę na

uzyskanie przedmiotowego zamówienia, w sytuacji, gdyby wybrany wykonawca odmówił podpisania umowy (w związku z art. 94 ust. 3 ustawy), a co już jest wystarczające dla wykazania posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia. Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż czynność Zamawiającego mogła naruszać interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia (w przypadku potwierdzenia się stawianych zarzutów), jak również mogła narażać Odwołującego na szkodę w postaci utraty korzyści związanych z realizacją przedmiotu umowy.

Przechodząc do zarzutów podniesionych w odwołaniu, sprowadzały się one do kwestionowania prawidłowości czynności odrzucenia oferty Odwołującego, uznanej za niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający w informacji z dnia 22 lutego 2013 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy uznał, iż jest ona niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w brzmieniu ustalonym w wyjaśnieniach i modyfikacji treści siwz nr 1 zamieszczonych na stornie internetowej pełnomocnika Zamawiającego w dniu 31 stycznia 2013 r. Treść oferty w zakresie formularza ofertowego oraz informacji w nim zawartych dotyczących cen jednostkowych jest niezgodna z ostatecznym brzmieniem siwz.

Zamawiający pismem z dnia 31.01.2013 r. dokonał modyfikacji części postanowień siwz, w tym między innymi treści załącznika nr 1 – formularza oferty, w zakresie oświadczenia o cenie za wykonanie zamówienia. Pierwotnie Zamawiający wymagał wskazania ceny brutto oferty i jej rozbicia na: cenę za miesiąc realizacji przedmiotu zamówienia brutto, cenę jednej roboczogodziny pracownika ochrony na I zmianie brutto, cenę jednej roboczogodziny pracownika ochrony na II zmianie brutto oraz cenę jednej roboczogodziny pracownika ochrony podczas patrolu interwencyjnego brutto. Udzielając odpowiedzi na pytanie nr 5 Zamawiający nadał nowe brzmienie punktu drugiego formularza oferty: „2. Oferuję wykonanie usługi, będącej przedmiotem zamówienia za cenę: zł. brutto (cena za miesiąc realizacji usługi x 15 miesięcy) (słownie:)¹, w tym:

- 1) Cena za miesiąc realizacji przedmiotu zamówienia wynosi zł. brutto.
- 2) Cena jednej roboczogodziny pracownika ochrony z licencją I stopnia wynosi zł. brutto (słownie:).
- 3) Cena jednej roboczogodziny pracownika ochrony z licencją II stopnia wynosi..... zł. brutto (słownie:).
- 4) Cena jednej roboczogodziny pracownika z licencją I stopnia oraz ze znajomością języka angielskiego wynosi zł. brutto (słownie:).
- 5) Cena jednej roboczogodziny pracownika ze znajomością języka angielskiego wynosi zł. brutto (słownie:).

6) *Cena jednej roboczogodziny strażaka wynosi zł. brutto (słownie:).*

Odwołujący w formularzu oferty podał cenę za przedmiot realizacji zamówienia brutto 701.403 zł. (Cena za miesiąc realizacji usługi x 15 miesięcy), w tym: w tym cena za miesiąc realizacji przedmiotu zamówienia 46.760,20 zł. brutto, cena jednej roboczogodziny pracownika ochrony na I zmianie 9,83 zł. brutto, cena jednej roboczogodziny pracownika ochrony na II zmianie 9,83 zł. brutto, cena jednej roboczogodziny pracownika ochrony podczas patrolu interwencyjnego 1,00 zł. brutto.

Rozstrzygając na gruncie tak ustalonego stanu faktycznego Izba uznała, iż ocena oferty Odwołującego jakiej dokonał Zamawiający nie naruszała przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zamawiający, w ocenie składu orzekającego Izby, prawidłowo ocenił ofertę Odwołującego przyjmując, iż brak prezentacji w formularzu ofertowym wymaganych informacji dotyczących ceny ofertowej stanowi merytoryczną niezgodność treści oferty z siwz, nie podlegającą poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Uwzględniając zakres modyfikacji formularza ofertowego z dnia 31.01.2013 r., wykonawcy mieli przedstawić nie tylko cenę brutto za całość przedmiotu zamówienia, ale również jej wysokość w rozbiciu na elementy dotyczące cen roboczogodziny wyszczególnionych pracowników. Odwołujący przedłożył w ofercie formularz w brzmieniu sprzed modyfikacji, w którym elementy ceny oferty zostały zaprezentowane w całkowicie odmienny sposób. Uwzględniając podnoszone argumenty dotyczące charakteru ceny ofertowej, Izba uznała, iż w świetle przywoływanych postanowień siwz, w tym załączników nr 8 (opis przedmiotu zamówienia) oraz 9 (wzór umowy), wynagrodzenie ustalone w tym postępowaniu nie ma charakteru czysto ryczałtowego. Wprawdzie Zamawiający ustalił sposób rozliczenia świadczonej usługi w oparciu o stałą kwotę wynagrodzenia miesięcznego nie podlegającego waloryzacji w trakcie całego okresu obowiązywania umowy (par. 6 ust. 3 wzoru umowy), to jednak przewidział sytuacje w których wysokość tego wynagrodzenia ulegnie zmianie. Zgodnie z par. 6 ust. 5 wzoru umowy wynagrodzenie miesięczne za niepełny miesiąc świadczonej usługi ulegnie zmianie proporcjonalnie do faktycznego okresu świadczenia usługi w danym miesiącu i wynikać będzie z iloczynu ceny jednostkowej roboczogodziny pracownika ochrony danego rodzaju oraz liczby godzin pracownika danego rodzaju oraz łącznej liczby pracowników. Również w przypadku zwiększenia stałej obsady na podstawie dodatkowego zlecenia, w którym Zamawiający określi liczbę i rodzaj osób, wynagrodzenie ulegać będzie zwiększeniu o kwotę wynikającą z iloczynu ceny jednostkowej roboczogodziny pracownika danego rodzaju oraz liczby roboczogodzin pracy danego

pracownika oraz łącznej powiększonej liczby pracowników ponad stałą obsadę (par. 6 ust. 2 wzoru umowy). Przywołane postanowienia siwz prowadzą do wniosku, iż nie tylko kwota wynagrodzenia miesięcznego podana w formularzu ofertowym stanowić miała podstawę do ustalenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu świadczenia usługi. Wysokość cen roboczogodziny pracowników danego rodzaju stanowiła merytoryczną zawartość oferty w zakresie elementów cenotwórczych. Ich brak prowadził do istotnej wady oświadczenia, gdyż dotyczył elementu wycenianego indywidualnie przez wykonawcę. Oświadczenie wykonawcy w tym zakresie nie mogło być domniemane przez Zamawiającego. Izba w oparciu o powyższe odmówiła racji Odwołującemu, który twierdził, iż w tych okolicznościach zachodziła podstawa do zastosowania trybu z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Izba uznała za logicznie niespójną argumentację Odwołującego, który z okoliczności dotyczących składu osobowego pracowników na zmianie I i II (pracowników z licencją I i II stopnia), tj. opisu przedmiotu zamówienia, wywodził możliwość ustalenia wysokości stawki roboczogodziny za pracę pracowników ochrony z licencją I stopnia, pracowników ochrony z licencją II stopnia, pracownika z licencją I stopnia oraz znajomością języka angielskiego, pracownika ze znajomością języka angielskiego oraz strażak. W ocenie składu orzekającego, Zamawiający nie mógł w oparciu o informacje zawarte w formularzu ofertowym samodzielnie ustalić wysokości stawek roboczogodzin, takiej podstawy nie wskazał również Odwołujący. Odwołujący wskazywał na możliwość przyjęcia stawki podanej w formularzu oferty – 9,83 zł. do wszystkich pozycji roboczogodzin, co zdaniem Izby prowadziłoby do złożenia nowej oferty już po dacie jej otwarcia i naruszałoby zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określone w art. 7 ustawy.

Uwzględniając powyższą argumentację Izba uznała, iż odwołanie jako bezzasadne podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 [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 \(Dz. U. Nr 41, poz. 238\)](#). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 7,5 tys. zł. oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego stwierdzone rachunkiem złożonym do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: