

Sygn. akt: KIO 278/12

WYROK
z dnia 23 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 lutego 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego 2012 r. przez **Impel Cleaning Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury we Wrocławiu**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **Impel Cleaning Sp. z o. o.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Impel Cleaning Sp. z o. o.** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Rejonowy Zarząd Infrastruktury we Wrocławiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Świadczenie usług w zakresie kompleksowego utrzymania czystości (XXI części)*.

W dniu 9 lutego 2012 r. wykonawca – Impel Cleaning Sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu niewykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2012r. (sygn. akt: KIO 2755/11) oraz naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4, art. 90 ust. 1 oraz art. 91 ust 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2755/11, orzekła, iż oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne w zakresie Części XIV przez Wykonawcę „BLASK” Beata Laskowska podlega odrzuceniu na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp i nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Części XIV oraz ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert.

W dniu 30 stycznia 2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że jako najkorzystniejsza w zakresie Części XIV, ponownie wybrana została oferta złożona przez „BLASK” Beata Laskowska. Zdaniem Odwołującego stoi to w sprzeczności z ww. wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący stwierdził, że w wyroku tym KIO uznała, iż Zamawiający zaniechał odrzucenia przedmiotowej oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ oraz na zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Wybór jako najkorzystniejszej oferty uznany został za dokonany z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający, wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, poprawił na podst. art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy oczywistą omyłkę pisarską, polegającą na niezgodnym z treścią SIWZ opisie świadczenia, o którym mowa w arkuszu kalkulacyjnym w tabeli nr 1 poz. 2 oraz w tabeli nr 3 poz. 2. Ponadto Zamawiający, działając na podst. art. 90 ust. 1 ustawy, wezwał wykonawcę „BLASK” Beata Laskowska do złożenia wyjaśnień, których celem było ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, a następnie ponownie uznał, że oferta ta nie podlega odrzuceniu i jest ofertą najkorzystniejszą.

W ocenie Odwołującego, czynność dokonana przez Zamawiającego jest bezpodstawna.

Odwołujący stwierdził, że poprawienie omyłki zostało dokonane wbrew ustaleniom zawartym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej oraz niezgodnie z przepisami ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, KIO w wyroku z dnia 9 stycznia 2012 r. uznała, że przedmiotowa

oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, zatem nieuprawnionym było ponowne jej badanie, w tym poprawienie omyłek w jej treści.

Odwołujący podniósł, że w orzecznictwie i doktrynie przyjmuje się, że przewidziana w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp możliwość poprawienia oczywistej omyłki w tekście oferty dotyczy wyłącznie takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a "oczywistość" omyłki rozumiana jest jako określona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, czy też ustaleń. Przez oczywistą omyłkę powszechnie rozumie się błąd niespowodowany uchybieniem merytorycznym, a pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki nie można doprowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia (wyrok SO w Gdańsku sygn. akt: XII Ga 206/08). Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowej sprawie jednoznacznie ustalono, że omyłka wpływa na treść oferty w taki sposób, że czyni ją niezgodną z treścią SIWZ, zatem bezprawnym jest jej poprawienie.

Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający w dniu 24 stycznia 2012 r. wezwał Wykonawcę: „BLASK” Beata Laskowska do udzielenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość oferty. Zdaniem Odwołującego, czynność ta stoi w sprzeczności z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, w którym jednoznacznie ustalono, że: zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, Zamawiający oceniając wyjaśnienia, powinien wziąć pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy czy wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. W dokumentacji Zamawiający nie przedstawił, że dokonał analizy wyjaśnień pod tym kątem. Zresztą wobec braku pewności treści oferty, taka analiza nie mogłaby być przeprowadzona z właściwą dozą pewności. Dlatego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ze względu na zaferowanie rażąco niskiej ceny jest zasadny.

Zdaniem Odwołującego, ponowne wezwanie do wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty stoi także w sprzeczności z podstawowymi zasadami ustawy Pzp. Powołując się na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu (X Ga 127/08) Odwołujący podniósł, że powtórne umożliwianie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, że działanie Zamawiającego stanowi potwierdzenie, iż na podstawie pierwszych wyjaśnień Zamawiający nie uzyskał informacji, które potwierdzałyby, że zaferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Zdaniem Odwołującego, również w wyjaśnieniach dodatkowych brak jest wskazania obiektywnych czynników, potwierdzających prawidłowe skalkulowanie ceny oferty. Nie sposób bowiem uznać, że ogólne i lakoniczne wyjaśnienia, które mogłyby dotyczyć każdego

dowolnego zamówienia, potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśniając sposób kalkulacji ustalonej ceny wykonawca odniósł się nie do warunków rynkowych oraz szacunkowej wartości zamówienia, ale wyłącznie do ceny zaoferowanej przez Odwołującego. Powołując się na orzecznictwo KIO Odwołujący podniósł, że składając wyjaśnienia na okoliczność kalkulacji ceny oferty, wykonawca powinien również wykazać, że wskazana cena została ustalona zgodnie z prawem, na podstawie obiektywnych czynników, bez naruszania zasad uczciwej konkurencji. Aby uzasadnić możliwość zaproponowania niskich cen jednostkowych trzeba wskazać obiektywne czynniki umożliwiające zaoferowanie takich niskich cen.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z akt sprawy o sygnaturze KIO 2755/11 oraz nakazanie Zamawiającemu: wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 9 stycznia 2012r. (sygn. akt: KIO 2755/11), unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części XIV, dokonanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy „BLASK” Beata Laskowska na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp oraz powtórzenia oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Szacunkowa wartość zamówienia (XXI części) ustalona została przez Zamawiającego na łączną kwotę 4.077.054,97 zł. Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację części XIV zamówienia wynosi 310.966,34 zł brutto.

W zakresie części XIV złożone zostały 3 oferty: oferta Nr 8 (DC System Sp. z o.o.) z ceną 188.177,02 zł, oferta Nr 9 („Blask” Beata Laskowska) z ceną 179.146,93 zł oraz oferta Nr 10 (oferta Odwołującego) z ceną 306.353,28 zł.

W dniu 8 grudnia 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawców DC System Sp. z o.o. oraz „Blask” Beata Laskowska do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wykonawca DC System Sp. z o.o. w wyznaczonym terminie nie złożył wyjaśnień, w związku z czym jego oferta została odrzucona. Drugi z wykonawców złożył w dniu 12 grudnia 2011 r. wyjaśnienia, które zostały przez Zamawiającego uznane za wystarczające. W dniu 16 grudnia 2011 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyniku postępowania, wskazując, że w części XIV wybrana została oferta złożona przez wykonawcę „Blask” Beata Laskowska.

Wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia wybranej

oferty, mimo że – zdaniem Odwołującego – jej treść nie odpowiada treści SIWZ, a ponadto zawiera rażąco niską cenę, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołanie zostało uwzględnione wyrokiem z 9 stycznia 2012 r. (sygn. akt: KIO 2755/11), w którym Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty zakresie części XIV oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Wykonując przedmiotowy wyrok, Zamawiający wezwał w dniu 24 stycznia 2012 r. wezwał wykonawcę do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty, zwracając się o wskazanie obiektywnych czynników, które mają wpływ na niską cenę oferty w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia.

Jednocześnie Zamawiający poinformował wykonawcę o poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej w arkuszu kalkulacyjnym. Zamawiający wskazał, że w tabeli nr 1 poz. 2 oraz w tabeli nr 3 poz. 2 jest: Odśnieżanie, posypywanie piaskiem i środkami rozpuszczającymi śnieg i lód (zgodnie z obowiązującymi przepisami) ciągów komunikacyjnych, wejść do budynków, schodów itp. oraz wywóz śniegu – w przypadku gdy nie występują opadów śniegu, marznącego deszczu, oblodzenia nawierzchni, gołoledzi w uzgodnieniu z Kierownikiem WAK (od listopada do marca), a powinno być: Odśnieżanie, posypywanie piaskiem i środkami rozpuszczającymi śnieg i lód (zgodnie z obowiązującymi przepisami) ciągów komunikacyjnych, wejść do budynków, schodów itp. oraz wywóz śniegu – w przypadku wystąpienia opadów śniegu, marznącego deszczu, oblodzenia nawierzchni.

W wyznaczonym terminie wykonawca złożył wyjaśnienia, w których przedstawił szczegółową kalkulację ceny i wskazał czynniki mające wpływ na obniżenie kosztów, tj.: oszczędności związane z samodzielnym zapewnieniem pełnej obsługi administracyjnej, miejsce prowadzenia działalności wpływające na niższe koszty związane z podatkami opłatami, dysponowanie specjalistycznym sprzętem komunalnym, co redukuje koszty własne wykonawcy o ok. 80% w stosunku do metody opartej na pracy ludzi, bliskość bazy sprzętowej od miejsca realizacji usługi. Z przedstawionej kalkulacji wynika, że wykonawca osiągnie zysk w wysokości 47.334,97 zł (ok. 26% ceny ofertowej).

Wykonawca nie sprzeciwił się poprawieniu przez Zamawiającego omyłek w tabeli nr 1 poz. 2 oraz w tabeli nr 3 poz. 2.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Postępowanie dowodowe wykazało, że Zamawiający zgodnie z wyrokiem Izby z 9 stycznia 2012 r. (sygn. akt: KIO 2755/11) unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonał ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu wyroku Izba stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, jednak stwierdzenie to należy interpretować z uwzględnieniem pełnej argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu. Skoro odwołanie zostało uwzględnione, to zrozumiałe jest stwierdzenie w uzasadnieniu orzeczenia, że zarzuty się potwierdziły, tj. że Zamawiający dokonał wyboru spornej oferty z naruszeniem przepisów ustawy. Oznacza to tyle, że oferta zawierająca w treści błąd oraz poparta niewystarczającymi wyjaśnieniami nie mogła być wybrana jako najkorzystniejsza. Nie jest to jednak równoznaczne ze stwierdzeniem, że podlega ona odrzuceniu. Pomiędzy stwierdzeniem określonych wad oferty a decyzją o odrzuceniu Zamawiający dysponuje jeszcze narzędziami, których zastosowanie może wyeliminować wady oferty lub przesądzić o jej poprawności.

Jak stwierdziła Izba w uzasadnieniu orzeczenia z 9 stycznia 2012 r., *nie można uznać, że zamawiający dokonał w sposób zgodny z przepisami badania i oceny kwestionowanej oferty*. Izba stwierdziła również, że *Zamawiający nie podjął próby poprawy omyłki, a przyjął odstępstwo treści oferty od treści specyfikacji w sposób dorozumiany*. Z takiej argumentacji Izby wynika, że decyzja o ewentualnym odrzuceniu lub o wyborze oferty winna być poprzedzona oceną, czy uchybienie w treści oferty podlega poprawieniu.

Zdaniem Izby uchybienie w spornej ofercie miało charakter oczywistej omyłki pisarskiej, niedokładności widocznej bez potrzeby dokonywania dodatkowych ustaleń. Świadczy o tym chociażby fakt, że opis zamieszczony w formularzu, poprzez wprowadzenie treści odmiennej od opracowanej przez Zamawiającego, nie brzmi nawet poprawnie pod względem gramatycznym, trudno również doszukać się w nim sensu merytorycznego. Porównanie opisu w tabeli nr 1 poz. 2 oraz w tabeli nr 3 poz. 2 z opisem przekazanym przez Zamawiającego, prowadzi do wniosku, że różnice w opisie wynikały z błędnego przepisania udostępnionej przez Zamawiającego treści formularza. Ponadto, brak sprzeciwu wykonawcy co do poprawienia omyłki stanowi jednoznaczne potwierdzenie, że chce on wykonać

przedmiot zamówienia w wymaganym zakresie, a uchybienie w ofercie miało charakter niezamierzony.

W odniesieniu do kwestii rażąco niskiej ceny Izba, w uzasadnieniu wyroku z 9 stycznia 2012 r. stwierdziła potwierdzenie się zarzutu rażąco niskiej ceny, wskazując jednocześnie, że wobec braku pewności treści oferty analiza wyjaśnień nie mogła zostać przeprowadzona z właściwą dozą pewności. Należy więc stwierdzić, że działanie Zamawiającego, polegające na wyeliminowaniu uchybień ofercie i wezwanie do wyjaśnień po ustaleniu jej właściwej treści było prawidłowe.

Zdaniem Izby, złożone przez wykonawcę „Blask” Beata Laskowska wyjaśnienia potwierdzają, iż zaoferowana cena jest ceną realną, za którą możliwe jest należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. W wyjaśnieniach wskazano konkretne czynniki wpływające na obniżenie kosztów realizacji usługi (m.in. oszczędności związane z samodzielnym zapewnieniem pełnej obsługi administracyjnej, dysponowanie specjalistycznym sprzętem komunalnym, bliskość bazy sprzętowej od miejsca realizacji usługi) oraz szczegółową kalkulację ceny, zakładającą osiągnięcie zysku w wysokości 47.334,97 zł. Odwołujący nie wykazał, dlaczego jego zdaniem są to wyjaśnienia ogólnikowe i nierzetelne, zatem jego twierdzenia należy uznać za gołosłowne.

Należy przy tym zaznaczyć, że o rażąco niskiej cenie nie przesądza sam fakt, że jest ona znacznie niższa od oszacowanej przez zamawiającego wartości. Wartość ta może być bowiem zawyżona. Zamawiający na rozprawie wskazał, że pierwszy raz określał wartość zamówienia na usługi objęte częścią XIV i nie wyklucza, że cena ta nie odzwierciedlała rzeczywistej wartości rynkowej. Pokreślić należy, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wyłonienie oferty najkorzystniejszej, nie można więc twierdzić, że oferta, przez sam fakt, że jest najtańsza i niższa od oszacowanej przez Zamawiającego wartości, zawiera rażąco niską cenę.

Należy również zwrócić uwagę, że z trzech ofert złożonych w postępowaniu, to oferta Odwołującego znacznie odbiegała cenowo od pozostałych. Skoro ceny dwóch (z trzech) ofert zostały skalkulowane na podobnym poziomie, to fakt ten może w pewnym stopniu obrazować realia rynkowe dotyczące usług objętych przedmiotem zamówienia.

Należy więc stwierdzić, że na mocy wyroku z 9 stycznia 2012 r. Zamawiający nie był zobowiązany do odrzucenia spornej oferty, ale do jej ponownego badania i oceny. W ocenie Izby, dokonując tych czynności Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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).

Przewodniczący: