

**Sygn. akt KIO/UZP 1565/09**

**WYROK**  
**z dnia 18 grudnia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Członkowie: Renata Tubisz**  
**Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań** protestu z dnia 2 października 2009 r.,

przy udziale wykonawcy **ISS Facility Services Sp. z o.o., ul. Flisa 2, 02-247 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków** na rzecz **Szpitala Klinicznego im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków.**

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

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest usługa kompleksowego utrzymania w czystości, transportu wewnętrznego i czynności pomocniczych w budynkach zamawiającego, zostały złożone oferty przez siedmiu wykonawców.

Zamawiający – Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ocenił merytorycznie oferty i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę - ISS Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, przystępującego do postępowania odwoławczego.

Wykonawca - Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie (odwołujący w sprawie) wniósł protest i wobec oddalenia protestu, wniósł odwołanie, w którym wskazał naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), przez czynność wezwania wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści

oferty, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Zarzucił również, że zamawiający przyjął wyjaśnienia wykonawcy jako zasadne i dopuszczalne i na tej podstawie dokonał wyboru oferty, pomimo tego, że złożone wyjaśnienia zmieniły treść oferty. Jak podał odwołujący na rozprawie, treść wyjaśnień pozwalała na zrozumienie mechanizmu obliczenia ceny oferty przystępującego, ale fakt ten stanowił niedopuszczalną zmianę treści oferty.

Odwołujący przedstawił uzasadnienie, z którego wynika, że w przedstawionej sytuacji można było poprawić wybraną ofertę na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy, jako oczywistą omyłkę rachunkową, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Bez przeprowadzenia tej czynności oferta nie mogła być oceniana merytorycznie, a tym bardziej wybrana jako najkorzystniejsza. Cena oferty zawiera błąd w jej obliczeniu i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, oferta podlega odrzuceniu. Niedopuszczalne było wyjaśnianie ceny oferty, gdyż doprowadziło to do jej zmiany.

Błąd, który wskazywał odwołujący polega na tym, że cena zaoferowana przez wykonawcę ISS Facility Services Sp. z o.o., zgodnie z przedstawionym w ofercie arkuszem cenowym, opiewa na inną kwotę, niż wynika to z tabeli. Wynik ten ustalono na podstawie przeliczenia cen jednostkowych podanych w ofercie. Zdaniem odwołującego, wykonawca błędnie zsumował poszczególne rubryki w kolumnie nr 12 („Wartość umowy brutto” „Tabeli kosztów”, stanowiącej załącznik nr 4 do siwz). Ponieważ zamawiający wydzielił w „Tabeli kosztów” po dwie rubryki pod taką samą nazwą „usługi kompleksowego utrzymania w czystości” dla każdej ze stref - stąd dla uzyskania sumy w pozycji RAZEM 23290,69 m3 „Usługa kompleksowego utrzymania w czystości” - należało zsumować wiersze: 1, 2, 4, 5, 8, 9, 12, 13, z kolumny nr 12. Prawidłowa kwota, którą powinien wskazać wykonawca w tej pozycji (wartość umowy razem dla usługi kompleksowego utrzymania w czystości) wynosi nie 4.716.083,16 zł, a 12.144.212,64 zł.

Jeżeli uznać, iż powyższe stanowi oczywistą omyłkę rachunkową, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, zamawiający powinien był ją poprawić i i uwzględnić konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę.

Prawidłowo wyliczona cena przedstawia się następująco:

- Słownie wartość ryczałtu miesięcznego netto: trzysta sześćdziesiąt pięć tysięcy czterysta dwadzieścia siedem zł dwanaście groszy,
- Słownie wartość podatku VAT w ryczałcie miesięcznym: czterdzieści siedem tysięcy dwieście czterdzieści sześć zł siedemdziesiąt cztery grosze,
- Słownie wartość ryczałtu miesięcznego brutto: czterysta dwanaście tysięcy sześćset siedemdziesiąt trzy zł osiemdziesiąt sześć groszy,
- Słownie wartość umowy netto: trzynaście milionów sto pięćdziesiąt pięć tysięcy trzysta siedemdziesiąt sześć zł trzydzieści dwa grosze,

- Słownie wartość podatku VAT w umowie: jeden milion siedemset tysięcy osiemset osiemdziesiąt dwa zł sześćdziesiąt cztery grosze,
- Słownie wartość umowy brutto: czternaście milionów osiemset pięćdziesiąt sześć tysięcy dwieście pięćdziesiąt osiem zł dziewięćdziesiąt sześć groszy.

Wykonawca ISS Facility Services Sp. z o.o. zastosował jednocześnie stawkę podatku VAT „22%” oraz zwolnienie od podatku VAT –„zw.” (w tej samej rubryce). Stawka podatku VAT dla powyższych usług powinna wynosić 22 %. Nie istnieje prawna możliwość, aby ta sama usługa podlegała jednocześnie opodatkowaniu stawką VAT 22% oraz zwolnieniu od opodatkowania podatkiem VAT.

Odwołujący wskazując na powyższe, podniósł naruszenie następujących przepisów ustawy: art. 91 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 7 ust. 1 i 2, art. 87 ust. 1 i 2, art. 89 ust. 1 pkt 6.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- uznania wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ISS Facility Services Sp. z o.o. w Warszawie za powodujące zmianę treści złożonej oferty, w związku z art. 87 ust. 1 ustawy,
- dokonania poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie wykonawcy ISS Facility Services Sp. z o.o. i uwzględnienia konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp,
- odrzucenie oferty wykonawcy ISS Facility Services Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy,
- dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Zamawiający oddalił protest, stwierdził, że uznanie iż w wyniku uzyskania wyjaśnień doszło do zmiany ceny oferty, jest niezasadne.

Wykonawca ISS Facility Services Sp. z o.o. zastosował dodatkowe wiersze podające sumę wszystkich czynności wyspecyfikowanych przez Zamawiającego w Formularzu Ofertowym dla poszczególnych Stref Czystości. Nie powoduje to jednak zmiany w treści oferty, lecz jedynie jej dodatkowe uszczegółowienie (precyzyjniejsze opisanie wymaganych przez Zamawiającego minimalnych informacji). Wszystkie pozycje wymagane przez zamawiającego zostały poprawnie podane - czego nie neguje nawet protestujący w treści protestu. W opinii zamawiającego podanie dodatkowych informacji nie stanowi podstawy do podjęcia żądanych przez protestującego czynności i nie stanowi naruszenia norm

obowiązującego Prawa zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, natomiast spełnienie żądań protestującego doprowadziło by do takich naruszeń.

Przystępujący stwierdził w zgłoszeniu przystąpienia, że zarzuty odwołującego są niezasadne, gdyż przez dokonane czynności zamawiającego nie doszło do naruszenia prawa.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska, złożyły stosowne wyjaśnienia.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie dokumentów tworzących akta sprawy, wyjaśnień i wyników przeprowadzonych dowodów z ofert innych wykonawców, wskazanych przez odwołującego, KIO ustaliła.

Odwołujący posiada interes prawny wnosząc odwołanie i poprzedzający odwołanie protest, gdyż jego oferta jest następną w kolejności ofertą pod względem ceny – jedynego kryterium oceny ofert i w razie skutecznego podważenia wyboru oferty, odwołujący miałby potencjalną możliwość uzyskania zamówienia.

Z treści ostatecznie zmienionego formularza ofertowego wynika, że powierzchnia przeznaczona do utrzymania w czystości, tzw. strefa czystości, podzielona została na 4 części. W strefie I, w trzeciej kolumnie tabeli, wyszczególniono trzy wiersze, z których dwa pierwsze oznaczono „usługa kompleksowego utrzymania w czystości” i trzeci ostatni wiersz „usługa transportu wewnętrznego”. W następnych strefach II, III i IV wydzielono w tabeli po cztery wiersze, gdzie pierwsze dwa wiersze, tak jak w strefie I, oznaczono „usługa kompleksowego utrzymania w czystości”, natomiast trzecie wiersze oznaczono „usługa transportu wewnętrznego” i w ostatnich czwartych wierszach podano „czynności pomocnicze”.

Zamawiający wyjaśnił, że ostatecznej zmiany formularza ofertowego dokonał pismem z dnia 14 września 2009 r. W 5 kolumnie tabeli wprowadził określenia: „Stawka VAT (%)” i w drugiej linii „zwolnione z VAT”, po to, by wykonawcy mogli według swoich ustaleń, wpisać właściwą stawkę podatku VAT lub zwolnienie od podatku VAT. Zamawiający nie narzucił wykonawcom stawki podatku VAT, pozostawiając określenie to wykonawcom, dlatego w każdej z 4 stref formularza ofertowego, wskazał po 2 wiersze w usługach kompleksowego utrzymania w

czystości, by każdy z wykonawców wstawił odpowiednią stawkę podatku VAT, wraz z informacją o usłudze zwolnionej od podatku VAT, jeżeli taka usługa występuje.

Z uwagi na to, że w wybranej ofercie wskazano w jednym wierszu w zakresie usługi kompleksowego utrzymania w czystości, dwie kwalifikacje dotyczące podatku VAT, jedna to stawka 22% i druga - zwolniony, a w drugim wierszu usługi podano tylko stawkę 22%, zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia w tym przedmiocie wyjaśnień. W wybranej ofercie w każdej z 4 stref podano dane w taki sam sposób. Zamawiający uznał, że w zakresie jednej usługi zastosowano, zarówno stawkę 22%, jak i zwolnienie od podatku VAT.

Zamawiający wystosował wezwanie do złożenia wyjaśnień (pismo z 17 września 2009 r.) i wykonawca w piśmie z dnia 18 września 2009 r. złożył wymagane wyjaśnienia.

Zamawiający uznał, że treść pisma wykonawcy stanowiła wystarczające wyjaśnienie oferty i nie pozostawała w sprzeczności z treścią siwz.

Zamawiający wyjaśnił również, że z określenia „razem” wskazującego w dolnej części tabeli łączną powierzchnię 2 390,69 m<sup>2</sup>, nie wynika żądanie, by wykonawcy zostali zobowiązani do zsumowania podanych kwot w kolumnie 12.

Wykonawcy w większości zakreślili jeden z wierszy dotyczący usługi kompleksowego utrzymania w czystości, wykonawca przystępujący wypełnił tę kolumnę w ten sposób, że wyboldował wartości stanowiące sumę poszczególnych usług, ujętych dla danej strefy i uzyskał w ten sposób „wartość umowy”, co znalazło odzwierciedlenie na odwrotnej stronie tabeli w formie przedstawienia ceny słownie w sześciu wierszach.

Zamawiający potwierdził, że nie wszyscy wykonawcy w taki sposób wypełnili tę część formularza ofertowego. Niektórzy nic nie wpisali w jednym z wierszy, inni wykreślili jeden z wierszy. Z tego sposobu wypełnienia formularza ofertowego wynikała dla zamawiającego informacja, że stawka podatku VAT dla usług w zakresie kompleksowego utrzymania w czystości, wynosiła łącznie 22%.

W toku oceny ofert, zamawiający (członek komisji przetargowej) powziął wątpliwości co do sposobu wypełnienia formularza ofertowego w wybranej ofercie, stąd zamawiający żądał od wykonawcy wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Po uzyskaniu wyjaśnień, które też, co do treści, nie budzą wątpliwości odwołującego (odwołujący podważa zastosowany tryb uzyskania wyjaśnień), zamawiający nie znalazł podstaw do zakwestionowania wybranej oferty.

KIO uznała stanowisko zamawiającego za zasadne, bowiem istotnie, brak jest podstaw do zakwalifikowania wybranej oferty, jako oferty, która zawiera błędy w obliczeniu ceny i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

W ocenie KIO, również zasadne było wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, skoro zamawiający powziął jakiegokolwiek wątpliwości.

Niezasadne jest, zdaniem KIO, uznanie, że omówiony sposób wypełnienia formularza ofertowego, stanowił oczywistą omyłkę rachunkową, co jednoznacznie podnosił odwołujący, zatem, nie zachodzi także podstawa do dokonywania przez zamawiającego czynności, o których stanowi art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, KIO uznała, że zamawiający nie naruszył przepisów art. 91 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 7 ust. 1 i 2, art. 87 ust. 1 i 2, art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Stąd, KIO na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy, oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, stosownie do jego wyniku, uwzględniając uzasadnione koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w kwocie 3 600 zł, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, zgodnie z § 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, 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 **Poznaniu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....



