

Sygn. akt: KIO/UZP 1365/08

WYROK
z dnia 4 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Lubomira Matczuk - Mazuś
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie* w dniu 3 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Impel Cleaning Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Rejonowy Zarząd Infrastruktury, 81-912 Gdynia, ul. Jana z Kolna 8 b protestu z dnia 31 października 2008 r.

przy udziale wykonawcy Zakład Sprzątania Wnętrz Józef Janowski „MOP 83” Sp. z o.o., 82-300 Elbląg, ul. Warszawska 66 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Impel Cleaning Sp. z o.o., 53-111 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 uiszczonego przez Impel Cleaning Sp. z o.o., 53-111 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., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118

na rzecz Rejonowego Zarządu Infrastruktury, 81-912 Gdynia, ul. Jana z Kolna 8 b stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) 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., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118.

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

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu - Rejonowemu Zarządowi Infrastruktury w Gdyni w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na usługi polegające na utrzymaniu porządku i czystości pomieszczeń budynków, sprzątnięcie dróg, chodników i placów utwardzonych oraz utrzymanie i pielęgnacja terenów zieleni w kompleksach wojskowych administrowanych przez WAK Malbork naruszenie art. 7 ust I i 3, art. 88 ust I pkt I i pkt 3, art. 89 ust I pkt 6, art. 91 ust I i 2 ustawy prawo zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wyboru oferty firmy "MOP83" Sp. z o.o.. uznanej za najkorzystniejszą,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący stwierdził, że w dniu 24.10. 2008 r. otrzymał od Zamawiającego faksem informację o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy prawo zamówień publicznych z uwagi na omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 lub błędy w obliczeniu ceny zawarte w ofercie oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty firmy "MOP83" sp. z o.o.

W dniu 30 października 2008 r. Odwołujący złożył protest na powyższe czynności Zamawiającego. W dniu 13.11. 2008 r. Zamawiający oddalił protest., a w wniesionym do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołaniu Odwołujący oświadczył, iż podtrzymuje wszystkie zarzuty i wnioski zawarte w złożonym proteście.

Odwołujący wskazał, iż zaoferowana przez niego cena została obliczona prawidłowo, z uwzględnieniem wszystkich wymogów stawianych przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a zatem jej odrzucenie jest bezzasadne.

Podniósł, iż zarzut Zamawiającego sprowadza się do tego, iż w pozycji 4 formularza cenowego kalkulacja (stanowiącego Załącznik nr 3 do oferty przetargowej) Odwołujący błędnie wyliczył wartość wykonywania usługi dla warunków zimowych na terenach utwardzonych w okresie zimowym.

Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z treścią pkt. 3 Rozdziału VII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia każdy Wykonawca powinien " ...przygotować ofertę zgodnie z formularzem stanowiącym Załącznik nr 1 do niniejszej specyfikacji". Załącznik nr 3 stanowiący kalkulację usługi, a zatem kosztorys ofertowy stanowił jedynie narzędzie pomocnicze do wyliczenia ceny ofertowej określonej w wysokości brutto, przedstawionej przez Wykonawcę w Załączniku nr 1 OFERTA. Mając na uwadze powyższe zapisy, zawarte przez Zamawiającego w specyfikacji uznał, iż ceny podane przez Wykonawców właśnie w formularzu OFERTA są cenami wiążącymi, za które każdy Wykonawca deklaruje wykonanie przedmiotu zamówienia objętego niniejszą procedurą przetargową. To właśnie w treści Załącznika nr 1 OFERTA zawarte jest potwierdzenie, iż każdy wykonawca "składa ofertę zgodnie z przedmiotem zamówienia. W tym stanie rzeczy, a niedopuszczalne uznał Odwołujący podjęcie przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego ze względu na występowanie błędu nie podlegającego poprawieniu w trybie art. 88 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, iż żadne poprawki ceny przez niego oferowanej nie są konieczne, jako że oferowana przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu cena jest ceną ryczałtową, i jako taka jest zawsze poprawna, niezależnie od sposobu jej obliczenia. Nie może zatem zostać odrzucona oferta przewidująca cenę ryczałtową na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Zamawiający jest obowiązany zastosować w takim przypadku dyspozycję art. 88 ust 1 pkt 3 lit. a) ustawy. Sam Zamawiający w formularzu OFERTA oczekiwał od Wykonawców przedstawienia ryczałtów za świadczenie usług. Potwierdzeniem przyjętej argumentacji jest fakt, iż Zamawiający ustalając kryterium oceny ofert jako cenę w 100 %, ocenia całościową cenę wykonania usługi -przez danego wykonawcę całego zamówienia -a nie poszczególnych jego części.

Cena zaproponowana przez Odwołującego jest ceną ryczałtową, w związku z czym zgodnie z art. 88 ust 1 pkt 3 pkt a) przyjmuje się, że cenę tę podano prawidłowo bez względu na sposób jej obliczenia. Przy tak ustalonej cenie, nawet gdyby przyjąć, że przy jej obliczaniu wystąpiły omyki rachunkowe, to Zamawiający, na podstawie art. 88 ust 1 pkt 3 lit. a) ustawy, zobowiązany jest przyjąć podaną cenę ryczałtową jako prawidłową (por. np. wyrok ZA z 4.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-563/05; wyrok ZA z 14.10.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2891/05). Z istoty ceny ryczałtowej wynika bowiem, że metoda jej ustalenia nie ma

charakteru wiążącego. Potwierdza to wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6 marca 2001 r. (I ACa 1147/00), zgodnie z którym „Jeżeli za wykonane dzieło strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dołączenie przez wykonawcę do umowy kosztorysu nie ma znaczenia, a dokument ów uznać należy jedynie za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez przyjmującego zamówienie (wykonawcę) kwotę wynagrodzenia ryczałtowego”. Nie może jednak budzić wątpliwości, która wielkość podana przez wykonawcę będzie uznana za wiążącą, jeśli wystąpią rozbieżności pomiędzy poszczególnymi zapisami ceny.

Również KIO w wyroku z dnia 27 sierpnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 836/08) poparła prezentowane przez Odwołującego stanowisko.

W świetle przytoczonych wyżej argumentów Odwołujący uznał, iż działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego jest całkowicie niezasadne. Zasady, według jakich obliczona została cena wykonywania usługi na terenach utwardzonych zostały wyjaśnione przez Odwołującego i są zgodne z wymogami Zamawiającego, tzn. obejmują wszystkie koszty świadczenia przedmiotowej usługi przez cały okres trwania umowy, tj. 48 miesięcy. Zamawiający otrzymał dodatkowe dane o kosztach tej usługi w skali jednego miesiąca wykonywania usługi w okresie zimowym, czego nie wymagał, ale podania czego nie zabraniał żaden przepis.

Sposób umiejscowienia momentu ponoszenia kosztów przez Odwołującego w trakcie trwania umowy jest jego uprawnieniem i Zamawiający nie może nakazywać wykonawcom dowolnego rozwiązania w tym zakresie.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami podatkowymi (tak dotyczącymi podatku dochodowego od osób prawnych, jak i rozliczania podatku od towarów i usług -VAT), koszty są przez przedsiębiorców rozliczane w miesiącach, w których faktycznie powstały.

W tym stanie rzeczy jest niedopuszczalne podjęcie przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego ze względu na występowanie błędu nie podlegającego poprawieniu w trybie art. 88 ustawy PZP.

Odwołujący wskazał jednocześnie, iż gdyby nawet przyjąć stanowisko Zamawiającego jako prawdziwe, tj. że nie występuje w niniejszym postępowaniu ryczałt, to Zamawiający nie był w żaden sposób uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający winien wówczas na podstawie art. 88 ust 1 pkt 1 dokonać poprawy błędnego, jak sam uznał działania matematycznego. W żaden sposób nie był jednak uprawniony do odrzucenia oferty, zwłaszcza, że w dniu podejmowania rozstrzygnięcia obowiązywała już nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych, która wprowadziła -również do toczących się tym dniu postępowań -znaczną liberalizację przepisów w zakresie powodów odrzucenia oferty. Zamawiający jednak, wbrew art. 4 ust 1 ustawy wprowadzającej zmiany do ustawy, nie zastosował się tych zmian.

W świetle powyższego oczywistym jest, że Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy . W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje zarzuty i argumenty, oświadczył ponadto, że przy ocenie prawidłowości wyceny pozycji 3 i 4 złożonego przez niego formularza cenowego (załącznik nr 3) należy uwzględnić złożone oświadczenie Odwołującego na stronie 6 oferty, w którym zawarł wyjaśnienie z dnia 4.09.2008 r. do załącznika 3 „formularz cenowy – kalkulacja” i stwierdził: „Zamawiający wymaga od Wykonawców, aby wartość utrzymania terenów utwardzonych z wiersza nr 3 pomnożył razy 48 m-cy. Wynika z tego, że Zamawiający będzie płacił Wykonawcy przez 12 m-cy w roku 1/48 kwoty podanej w wierszu nr 3. Aby nie dublować kosztów ponoszonych na utrzymanie terenów utwardzonych Wykonawca w wierszu 4 policzył tylko różnicę, jaką Zamawiający będzie dopłacał do utrzymania terenów utwardzonych w okresie zimowym do kwoty z wiersza nr 3.

Zamawiający - Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że odrzucił ofertę firmy Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako zawierającą omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88, lub błędy w obliczeniu ceny. Zamawiający wskazał, że w pozycji 4 formularza cenowego wyliczono nieprawidłowo wartość usługi dla warunków zimowych, a błędne skalkulowanie wartości usługi polega na podaniu dwóch wartości a) i b). Wartość a) za I miesiąc usługi i wartość b) za 16 miesięcy wykonywania usługi. Natomiast w formularzu cenowym stanowiącym załącznik do SIWZ Zamawiający przewidział wyliczenie wartości za 48 miesięcy, w związku z powyższym wartość usługi podana przez Wykonawcę jest nieprawidłowa.

Zamawiający stwierdził nadto, że cena postępowania nie jest ceną ryczałtową. Zamawiający z uwagi na nieprzewidywalność warunków zimowych, przewidział bowiem w SIWZ oraz w projekcie umowy możliwość występowania różnych warunków zimowych i ze względu na ich intensywność przewidział zróżnicowaną cenę, zażądał też, ażeby wartość oferty została wyliczona za okres 48 miesięcy.

Zamawiający uznał, że w ofercie Odwołującego błędnie skalkulowano wartość usługi z wiersza 4 formularza poprzez podanie wartości za okres 16 miesięcy, co wynika z podzielenia wartości całej usługi w przedmiotowym zakresie przez cenę jednostkową.

Ponadto w opinii Zamawiającego cena oferowana dotycząca utrzymania terenów utwardzonych w okresie zimowym nie jest ceną ryczałtową z uwagi na różnorodne stawki w zależności od faktycznych warunków zimowych (zima lekka, zima średnia, zima ciężka), po których naliczane będzie wynagrodzenie. Nie przyznał też racji Odwołującemu wskazując, że z uwagi na cenę ryczałtową, bez znaczenia dla oceny jego oferty jest sposób jej wyliczenia zawarty w kosztorysie ofertowym.

Ponieważ oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny, zamawiający nie posiada uprawnień do dokonania jej poprawienia.

Zamawiający wskazał również, że przetarg, co wynika z protokołu postępowania, rozstrzygnięto 23 października 2008 r., a pismo o wyniku postępowania datowane jest na 24 października 2008 r. i w tej dacie uczestnicy otrzymali informację o rozstrzygnięciu przetargu.

Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że w zakresie usług z wierszy 1-3 zgadza się na twierdzenie, że cena jest ryczałtowa, natomiast w wierszu 4 nie ma takiej sytuacji. Dla porównywalności ofert, mimo braku wiedzy o rzeczywistych i nieprzewidywalnych warunkach zimowych, wskazał sposób kalkulowania w tej części przedmiotu zamówienia (wiersz 4). W omawianym zakresie nie miał możliwości poprawienia stwierdzonego błędu.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wniósł o oddalenie odwołania i poparł stanowisko Zamawiającego. Przystępujący stwierdził, że Odwołujący uzupełnił formularz cenowy (załącznik nr 3) niezgodnie ze specyfikacją i instrukcją wypełnienia tam zawartą. Formularz został wypełniony błędnie i sposób prowadzący do uprzywilejowania pozycji Odwołującego w stosunku do innych wykonawców. Przystępujący zakwestionował również pogląd Odwołującego o ryczałtowym charakterze ceny odnoszony do wiersza 4 formularza kolumny 5 i 6, a w nich poz. a i b.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała na wstępie, że wykonawca posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w powyższym zakresie, gdyż jego oferta zawiera cenę najniższą spośród ofert, które wpłynęły w tym postępowaniu. Wobec powyższego, w sytuacji, gdyby potwierdziły się zarzuty Odwołującego należałoby uznać, że w wyniku bezpodstawnego odrzucenia jego oferty wykonawca poniósłby uszczerbek.

W wyniku postępowania dowodowego ustalono, że jakkolwiek można uznać za wiarygodne twierdzenie Zamawiającego o podjęciu decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty Odwołującego w dniu 23 października 2008 r., prawnie doniosła jest w tym zakresie data zawiadomienia uczestników postępowania, czyli wykonawców, którzy złożyli oferty, w trybie art. 92 ust. 1 tj. upublicznienie wyniku przetargu. Zdarzenie to nastąpiło dnia 24 października 2008 roku, czyli w pierwszym dniu obowiązywania ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058).

W konsekwencji, stosownie do art. 4 ust. 1 powołanej ustawy zmieniającej, do postępowania wszczętego przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy w

brzmieniu nadanym ustawą zmieniającą, w zakresie poprawiania omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia oferty. Oznacza to, że w rozpatrywanej sprawie nie obowiązuje, wobec jego uchylecia, przepis art. 88 ustawy Pzp., a zastosowanie mogą mieć jedynie przepisy art. 87 ust 2 ustawy w nowym brzmieniu. Skoro zatem nie ma zastosowania art. 88 ustawy, bezprzedmiotowe jest dalsze rozważanie, czy zaoferowane ceny ofertowe są cenami ryczałtowymi czy kosztorysowymi (por. treść art. 88 ustawy Pzp w dotychczasowym brzmieniu, w którym to przepisie miał znaczenie charakteru ceny na sposób poprawiania omyłek rachunkowych). Uwzględniając tę okoliczność do poprawienia ewentualnych omyłek w ofercie Odwołującego mógłby mieć zastosowanie przepis art. 87 ust. 2 ustawy w brzmieniu ustalonym w wyniku przywołanej nowelizacji.

W ocenie składu orzekającego Izby w ofercie Odwołującego nie zachodziły jednak oczywiste omyłki pisarskie ani oczywiste omyłki rachunkowe, o których stanowi art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy. Odwołujący, nie uwzględniając przy wycenie w pozycji 4 formularza cenowego (załącznik nr 3) wymaganego przez Zamawiającego okresu 48 miesięcy świadczenia usługi w okresie zimowym doprowadził de facto do niezgodności swojej oferty z zapisami SIWZ i o oczywistej omyłce (pisarskiej, czy rachunkowej) w tym zakresie nie może być mowy.

Rozważyć zatem należy, czy w sprawie zachodzi przesłanka popełnienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodująca istotnej zmiany w treści oferty, czyli przesłanka unormowana w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Skład orzekający Izby stwierdza, że Odwołujący w złożonej ofercie – formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 3 do oferty - dokonał kalkulacji ceny utrzymania porządku i czystości na terenach utwardzonych w okresie zimowym (pozycja nr 4) w sposób jednoznacznie określony w postanowieniach SIWZ, z zastrzeżeniem niezgodności okresu świadczenia usługi (Odwołujący pomnożył cenę jednostkową przez określoną powierzchnię oraz okres 16 miesięcy zamiast wymaganych 48 miesięcy). W ocenie Izby sam Odwołujący miał świadomość dokonania tej czynności odmiennie od wymogów SIWZ opisanych w treści formularza w tabeli i objaśnienia pod tabelą, oznaczonych symbolem „*^o”. Wykonawca potwierdził to składając w treści oferty (str. 6 oferty) oświadczenie z dnia 4 września 2008 r., stanowiące wyjaśnienie do formularza cenowego, w którym opisał odmienną metodę liczenia kosztów utrzymania terenów utwardzonych w stosunku do zasad określonych w SIWZ. W konsekwencji dokonanego ustalenia Izba uznała, że w ofercie popełniono omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, a ewentualne poprawienie tej omyłki spowodowałoby istotne zmiany w treści oferty Odwołującego. W świetle dokonanego ustalenia stwierdzić należy, że niemożliwe jest dokonanie poprawienia treści oferty Odwołującego się wykonawcy w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, co oznacza, że Zamawiający miał

pełne podstawy odrzucić tę ofertę, uznając, że przedstawiony sposób wyceny ceny ofertowej Odwołującego jest odmienny od wymogów SIWZ, co tym samym czyni tę ofertę nie tylko sprzeczną z treścią SIWZ, ale również nieporównywalną w kryterium cenowym z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu. Przyjęcie takiej oferty przez Zamawiającego doprowadziłoby do naruszenia przy ocenie ofert zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Reasumując, Izba zarzuty odwołania oddaliła.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby podejmując rozstrzygnięcie w sprawie kosztów postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie dokonał rozliczenia kwoty wpisu faktycznie uiszczonego przez Odwołującego, tj. kwoty 45 000 zł, a nie wpisu należnego w tej sprawie (15 000 zł), nakazując zwrot na rzecz Odwołującego różnicy pomiędzy uiszczoną kwotą, a kosztami postępowania odwoławczego. W ramach rozstrzygnięcia w sprawie kosztów postępowania odwoławczego uwzględniono również koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego na podstawie przedłożonego rachunku przy zastosowaniu treści § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886).

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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....