

Sygn. akt: KIO/UZP 134/08

WYROK
z dnia 3 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Członkowie: Izabela Kuciak
Emil Kuriata
Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 marca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Firmę SAUR NEPTUN GDAŃSK S.A., Gdańsk, ul. Wałowa 46** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Komunalny w Sopocie Zarząd Dróg i Zieleni, Sopot, Al. Niepodległości 930** protestu z dnia 29 stycznia 2008 r.

przy udziale **Firmy DANKAN Sp. z o.o., ul. Metalowców 7, Inowrocław** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**

- 2. kosztami postępowania obciąża SAUR NEPTUN GDAŃSK S.A., Gdańsk, ul. Wałowa 46**
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 **SAUR NEPTUN GDAŃSK S.A., Gdańsk, ul. Wałowa 46,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 2 146,00 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące sto czterdzieści sześć złotych zero groszy) przez **SAUR NEPTUN GDAŃSK S.A., Gdańsk, ul. Wałowa 46** na rzecz **Zakładu Komunalnego w Sopocie Zarządu Dróg i Zieleni, Sopot, Al. Niepodległości 930**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu,

- 3) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SAUR NEPTUN GDAŃSK S.A., Gdańsk, ul. Wałowa 46.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Zakład Komunalny w Sopocie Zarząd Dróg i Zieleni prowadzi postępowanie na eksploatację i konserwację miejskiego systemu sieci deszczowo – melioracyjnej na terenie Miasta Sopotu od 1 stycznia 2008 do 31 grudnia 2010 r. W dniu 24 stycznia 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty firmy DANKAN Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Na ww. czynność Zamawiającego protest wniosła w dniu 29 stycznia 2008 r. (pismem z dnia 28 stycznia 2008 r.) firma SAUR NEPTUN GDAŃSK S.A. zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 2 i 88 ust. 1 pkt a) ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Protestującego, Zamawiający powinien był dokonać poprawy omyłki rachunkowej w wybranej ofercie, w której wykonawca błędnie obliczył iloczyn, jako cenę za wykonanie usługi w okresie jednego roku. Protestujący wskazał, iż zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ze względu na to, że w czterech miesiącach w roku ograniczeniu ulegnie zakres rzeczowy usługi, cena za te miesiące powinna być o połowę niższa niż w pozostałych miesiącach. Zatem *„dyspozycję nagłówka kolumny, w której ma być zaferowana cena miesięczna należy rozumieć jako nakaz podania ceny średniej miesięcznej w roku tj. średniej z oferowanej ceny eksploatacji w miesiącach zimowych i pozostałego okresu roku”*. Protestujący podkreślił, iż zgodnie ze wzorem oferty, jak również ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, cena powinna obejmować cały czas realizacji zamówienia, tj. 12 miesięcy w roku przez okres 3 lat, tymczasem firma DANKAN Sp. z o.o. obliczyła cenę za rok jako iloczyn ceny jednostkowej (miesięcznej) i liczby 10 jednostek (miesiący).

Protestujący wniósł o poprawienie omyłki rachunkowej w ofercie firmy DANKAN Sp. z o.o. oraz o powtórzenie czynności oceny ofert i dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 31 stycznia 2008 r. przystąpienie do postępowania protestacyjnego złożyła firma DANKAN Sp. z o.o.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 5 lutego 2008 r. poprzez jego oddalenie w całości. Zamawiający uznał zarzuty postawione przez Protestującego za bezzasadne, gdyż zgodnie z § 6 Wzoru umowy cena oferty jest ceną ryczałtową, zatem zgodnie z art. 88 ust. 1 pkt 3a przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia. Zamawiający stwierdził ponadto, że z konstrukcji tabeli w druku oferty wynika,

iż należało podać cenę miesięcznej eksploatacji systemu oraz cenę za cały okres świadczenia usługi. Zdaniem Zamawiającego, firma DANKAN Sp. z o.o. do obliczenia ceny za rok realizacji zamówienia przyjęła sumę iloczynu 8 miesięcy i 100% ceny za miesiąc realizacji usługi oraz iloczynu 4 miesięcy i 50% ceny za miesiąc realizacji usługi. Jak stwierdził Zamawiający, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia brak jest zapisów o uśrednieniu ceny miesięcznej i o konieczności mnożenia kwoty miesięcznej przez liczbę 12, zatem cena obliczona została przez firmę DANKAN Sp. z o.o. prawidłowo.

Wobec powyższego, w dniu 11 lutego 2008 r. firma SAUR NEPTUN GDAŃSK S.A. wniosła odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

- naruszenie art. 87 ust. 2 w zw. z art. 88 ust. 1 pkt 1a i 2a ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie firmy DANKAN Sp. z o.o., a w konsekwencji
- naruszenie art. 7 i 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez dokonanie wyboru oferty droższej, mimo iż cena była jedynym kryterium oceny ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący stwierdził, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie nakazuje obliczenia ceny oferty z uwzględnieniem 50 % obniżki za cztery miesiące w roku. Zdaniem Odwołującego jest to jedynie potencjalne zdarzenie, co wynika ze słów „zakłada się”, faktyczny zakres czynności zależny będzie od czynników pogodowych i woli Zamawiającego. Odwołujący oświadczył, iż podał cenę roczną bez uwzględnienia ww. obniżek, zdając sobie sprawę, że jego wynagrodzenie miesięczne może w określonych przypadkach zostać obniżone o połowę w miesiącach zimowych.

Odwołujący stwierdził ponadto, iż nawet gdyby uznać, iż sposób obliczenia ceny oferty firmy DANKAN Sp. z o.o. jest prawidłowy, to Zamawiający powinien stosować go konsekwentnie również w stosunku do Odwołującego. Zaniechanie takiego działania stanowi naruszenie art. 7 i 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez porównanie ofert, które są ofertami nieporównywalnymi. Zdaniem Odwołującego, wybór oferty najkorzystniejszej, o którym decyduje nie cena, a znajomość znanego tylko jednemu wykonawcy algorytmu jej obliczenia, obarczony jest wadą rażącego naruszenia ustawy, co w przypadku niedokonania ponownego badania i oceny ofert, powodowałoby konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dodatkowo, Odwołujący podniósł, iż twierdzenie Zamawiającego o cenie ryczałtowej nie znajduje oparcia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Według Odwołującego, § 6 Wzoru umowy wskazuje, że wynagrodzenie ryczałtowe dotyczy wynagrodzenia miesięcznego. Ponadto, zdaniem Odwołującego, przyjęcie, iż cena oferty jest ceną

ryczałtowa za całość zamówienia powodowałyby konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 i art. 387 § 1 kodeksu cywilnego, bowiem w chwili obecnej świadczenie usługi w okresie od 1 stycznia 2008 r. do 31 grudnia 2010 r. jest niemożliwe.

Odwołując wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, ewentualnie o unieważnienie postępowania.

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

W dniu 28 lutego 2008 r. firma DANKAN Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W tym stanie faktycznym, uwzględniając oryginalną dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożoną przez Zamawiającego oraz oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego złożone na rozprawie oraz w pismach procesowych, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała postawiony przez Odwołującego zarzut dotyczący naruszenia art. 87 ust. 2 i art. 88 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych za bezzasadny. Zdaniem Izby, z dokumentacji przetargowej wyraźnie wynika, iż wykonawcy zobowiązani byli do ograniczenia wynagrodzenia za miesiące styczeń, luty, marzec i grudzień do 50 % wartości z uwagi na ograniczenie w tym okresie czynności związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia. Na powyższe wskazuje m.in. pkt 20.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, § 6 ust. 1 Wzoru umowy (załącznik nr 3 do specyfikacji) oraz pkt 2.0 Opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do specyfikacji), w którym Zamawiający jednoznacznie stwierdził, iż obniżone do 50 % wynagrodzenie za cztery miesiące w roku „*należy uwzględnić w wycenie i ująć w ofercie*”. Ponadto, sam Odwołujący w proteście przyznał, iż „*SIWZ określa, że cena usługi, ze względu na ograniczenia zakresu rzeczowego we wskazanych czterech miesiącach zimowych ma być o połowę mniejsza niż w pozostałym okresie*”. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na brak konsekwencji Odwołującego, który w proteście stwierdził, że cena za miesiąc realizacji usługi musi być podana w ofercie jako cena średnia miesięczna z oferowanej ceny eksploatacji w miesiącach zimowych

i pozostałego okresu w roku, natomiast w odwołaniu oświadczył, że ograniczenie „wynagrodzenia jest jedynie potencjalną możliwością”, specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie nakazuje obliczania ceny ofertowej z uwzględnieniem 50 % obniżki, a co za tym idzie, że Odwołujący nie uwzględnił ww. obniżenia w swojej ofercie zdając sobie sprawę z możliwości obniżenia wynagrodzenia w miesiącach zimowych o połowę w przypadku wystąpienia określonych okoliczności.

Izba stwierdziła, że Zamawiający nie określił szczegółowego sposobu obliczenia ceny za miesiąc realizacji usługi, zatem sposób dokonania powyższego pozostawał w gestii wykonawców. Wobec powyższego, zarówno sposób obliczenia ceny za rok realizacji zamówienia polegający na podaniu średniej ceny za miesiąc realizacji usługi i przemnożeniu jej przez liczbę miesięcy w roku, jak również zsumowanie ustanowionej ceny za miesiąc realizacji zamówienia przemnożonej przez osiem miesięcy i 50 % owej ceny przemnożonej przez cztery miesiące, należy uznać za prawidłowe. Nie można przy tym mówić o nieporównywalności ofert zawierających tak obliczone ceny.

Zdaniem Izby, wynagrodzenie za wykonanie przedmiotowego zamówienia zostało określone jako wynagrodzenie ryczałtowe, o czym świadczy m.in. zapis w § 6 Wzoru umowy, zatem należy przyjąć, na podstawie art. 88 ust. 1 pkt 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia. Nie znajduje przy tym potwierdzenia teza Odwołującego, iż cenie ryczałtowej przeczy fakt, że Zamawiający nie jest w stanie określić pewnej ceny za realizację całego zamówienia z uwagi na roboty w sytuacjach kryzysowo – awaryjnych. Izba stwierdziła, że fakt, że Zamawiający przewidział prace dodatkowe na wypadek wystąpienia nagłych, nieprzewidzianych zdarzeń, które rozliczane będą dodatkowo, według podanych stawek za godzinę pracy, nie przeczy wynagrodzeniu ryczałtowemu. Świadczy o tym m.in. rozróżnienie, jakie poczynił Zamawiający w pkt 22.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym odróżnił cenę oferty od stawki roboczogodziny brygady do prac w sytuacjach kryzysowo – awaryjnych.

Izba nie znajduje przesłanek do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 387 § 1 kodeksu cywilnego. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć zastosowanie jedynie w przypadku, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy zatem zauważyć, iż pomiędzy wadliwością postępowania a nieważnością umowy musi istnieć adekwatny związek przyczynowo – skutkowy. Wadą musi zostać dotknięte samo postępowanie o zamówienie publiczne i wada ta dodatkowo musi mieć charakter nieusuwalny, wywierający wpływ na umowę. W ocenie Izby wpływ terminu rozpoczęcia

realizacji zamówienia nie jest wadą postępowania o zamówienie publiczne o takim charakterze. Wskazać należy, że art. 387 § 1 kodeksu cywilnego mówi o niemożności pierwotnej świadczenia w odróżnieniu od art. 493 i 495 kodeksu cywilnego dotyczących niemożności następczej. W zaistniałym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z niemożnością o charakterze pierwotnym, bowiem nie pojawiła się ona na etapie wszczęcia postępowania.

Na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba postanowiła pozostawić bez rozpoznania zarzuty dotyczące naruszenia art. 88 ust. 1 pkt 2a oraz art. 7 i art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na fakt, iż nie były one przedmiotem protestu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2a i 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).

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) 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:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*

