

Sygn. akt: KIO 2003/10

WYROK

z dnia 29 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel Cleaning Sp. z o.o. (lider), Hospital Serwis Sp. z o.o., Krzysztof Rdest prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EMKA Handel – Usługi, Krzysztof Rdest, z siedzibą dla lidera: 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce, 07-410 Ostrołęka, al. Jana Pawła II 120a**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Spółdzielnia Inwalidów "Naprzód" w Krakowie (lider), oraz MOP Sp. z o. o., z siedzibą dla lidera: 31-215 Kraków, ul. Żabiniec 46** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Sp. z o.o., Krzysztof Rdest prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EMKA Handel – Usługi, Krzysztof Rdest, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Sp. z o.o., Krzysztof Rdest prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EMKA Handel – Usługi, Krzysztof Rdest, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118.**

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Ostrołęce**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „*usługę kompleksowego utrzymania czystości w Szpitalu, usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe, gdzie indziej niesklasyfikowane, transport wewnętrzny oraz usługi dodatkowe*”.

Pismem z dnia 6 września 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p., oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o. o. (lider), Hospital Serwis Sp. z o. o., EMKA Handel-Usługi Krzysztof Rdest, z siedzibą dla lidera we Wrocławiu (dalej konsorcjum Impel) i jednocześnie z uwagi na brak możliwości zwiększenia kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia do wysokości oferty kolejnej z najniższą ceną, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p. unieważnił przedmiotowe postępowanie

Wobec takich czynności w dniu 16 września 2010 r. odwołanie złożyło konsorcjum Impel zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) „art. 7 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe odrzucenie oferty Odwołującego,
- 3) art. 87 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie Odwołującego,
- 4) art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania”.

Odwołujący wnosił o:

- 1) „nakazanie Zamawiającemu uchylecia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu uchylecia odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy prawo zamówień publicznych,

- 3) nakazanie Zamawiającemu poprawienia omyłek rachunkowych w treści oferty Odwołującego, dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych”.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że bezspornym jest, iż wypełnił formularz ofertowy w sposób inny niż oczekiwał tego zamawiający, jednakże nie może to stanowić podstawy do odrzucenia jego oferty gdyż nie zachodzi w tym przypadku żadna z przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 ustawy p.z.p. Ponadto odwołujący wskazywał, iż w przypadku jego oferty zamawiający winien zastosować dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy p.z.p. i poprawić oczywistą omyłkę rachunkową. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (KIO/UZP 257/08, 258/08) odwołujący podnosił, iż (...) „za omyłkę za omyłkę rachunkową bezspornie należy uznać sytuację, gdy oferowana przez wykonawcę cena wykonania zamówienia została błędnie podana w wyniku nieprawidłowo przeprowadzonego działania arytmetycznego, same zaś dane wyjściowe (ceny jednostkowe, metraże, stawki podatku VAT) podane zostały prawidłowe. Dopiero, gdy błąd wykonawcy polega na tym, iż któreś z danych wyjściowych zostało błędnie w ofercie przyjęte, przestajemy mieć do czynienia z omyłką rachunkową, która podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust 2 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych, a mamy do czynienia z błędem w cenie, który zgodnie z treścią art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy prawo zamówień publicznych skutkuje odrzuceniem oferty.”. Odwołujący stwierdził, że w ofercie podał prawidłowo wszystkie dane wyjściowe a ponadto treść SIWZ nigdzie nie narzucała wykonawcom przewidzenia jednolitej stawki jednostkowej dla tych samych stref czystości we wszystkich czterech okresach trwania umowy. Odwołujący wskazał, iż zaniechał wykonania działania matematycznego polegającego na zsumowaniu iloczynów cen jednostkowych i ilości sprzątanym metrów w każdym z okresów trwania umowy i podzieleniu otrzymanej sumy przez sumę sprzątanego metrażu w czasie trwania umowy. Powyższe przesądzą o wystąpieniu sytuacji określonej w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy p.z.p. Mając na względzie powyższe odwołujący stwierdził, iż nie zachodzi żadna niezgodność pomiędzy treścią jego oferty a treścią SIWZ a odmienne wypełnienie formularza cenowego stanowić może jedynie o niezgodność, co do formy oferty a nie co do treści co nie może skutkować odrzuceniem oferty. Powyższe wyklucza również wystąpienie przesłanki określonej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p. skutkującej unieważnieniem postępowania.

W dniu 20 września 2010 r. swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Spółdzielnia Inwalidów

"Naprzód" w Krakowie (lider), oraz MOP Sp. z o. o., z siedzibą dla lidera w Krakowie (dalej konsorcjum „Naprzód”) wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na *„usługę kompleksowego utrzymania czystości w Szpitalu, usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe, gdzie indziej niesklasyfikowane, transport wewnętrzny oraz usługi dodatkowe”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 lipca 2010 r. pod numerem 2010/S 140-215756.

Zgodnie z działem XIV SIWZ – Opis Sposobu Obliczenia Ceny – pkt. 2 podana cena jednostkowa usługi netto za m² powierzchni użytkowej rozumiana jest jako średnia ważona i musi zawierać wszelkie koszty wykonania usługi za 1 miesiąc z uwzględnieniem rabatów i upustów finansowych, a w szczególności:

- a) środki myjące, dezynfekcyjne i konserwujące do wykonywania usług oraz mopy i ściereczki z mikrofibry,
- b) materiały zużywalne (ręczniki papierowe, papier toaletowy, mydło w płynie, środki do dezynfekcji rąk),
- c) worki foliowe na odpowiednie grupy odpadów w wymaganej kolorystyce,
- d) urządzenia, narzędzia, sprzęt niezbędny do wykonywania usług,
- e) środki transportu.

Ponadto zgodnie z pkt 4 działu XIV SIWZ, zamawiający wymagał obliczenia ceny oferty – zgodnie z formularzem nr 3 do SIWZ – w taki sposób, że:

- a) wartość usługi netto za 1 miesiąc należało wyliczyć według wzoru: przewidywana ilość m² powierzchni użytkowej w okresie obowiązywania umowy x cena jednostkowa usługi netto za 1 m² = wartość usługi za 1 miesiąc,

b) wartość usługi brutto za 1 miesiąc według wzoru: wartość usługi netto za 1 miesiąc + kwota podatku VAT za 1 miesiąc = wartość usługi brutto za 1 miesiąc,

c) łączna wartość brutto usługi w okresie obowiązywania umowy, tj. w okresie 36 miesięcy = tabela I, wiersz 7, kol. 10 + tabela II, wiersz 7, kol. 10 + tabela III, wiersz 7, kol. 10 + tabela IV, wiersz 7, kol. 10 .

Ponadto Izba ustaliła, że zgodnie z § 5 ust. 3 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 10 do SIWZ cena jednostkowa netto za 1 m² powierzchni w danym rodzaju usług, o której mowa w ust. 2, musi być zgodna z formularzem cenowym stanowiącym załącznik nr 3 do umowy i w okresie obowiązywania umowy nie może ulec zmianie. Izba ustaliła również, że zamawiający w załączniku nr 3 do SIWZ zawarł instrukcję jego wypełnienia wskazując: „Podajemy w każdej tabeli tę samą cenę jednostkową usługi netto dla poszczególnej strefy czystości i pomocy w opiece nad pacjentem”. Izba ustaliła również, iż odwołujący wypełniając załącznik nr 3 do SIWZ w poszczególnych okresach wykonywania usługi podał różne ceny jednostkowe nie uwzględniając instrukcji zamawiającego.

Do upływu terminu składania ofert wpłynęły trzy oferty. Wartość cenowa ofert przedstawiała się następująco:

- 1) Konsorcjum Impel – 16.822.894,12 zł,
- 2) Konsorcjum „Naprzód” – 21.948.297,28 zł,
- 3) ISS Facility Services Sp. z o. o. – 21.736.250,12 zł

Izba ustaliła również, że bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał, iż na finansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 18.187.732,06 zł brutto.

W dniu 6 września 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p., oferty odwołującego oraz unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p. przedmiotowego postępowania.

Czynności te leżą u podstaw postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia specyfikacji, treść oferty odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron oraz przystępującego złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

W pierwszej kolejności ustalono, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p., uprawniający go do złożenia odwołania, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy p.z.p. Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego, iż w jego ofercie wystąpiła oczywista omyłka rachunkowa, którą zamawiający zobowiązany był poprawić. Izba stoi na stanowisku, iż oczywistość omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty co w niniejszej sprawie nie może mieć miejsca. Izba zwraca uwagę, że w przedmiotowym stanie faktycznym nie jest możliwe przyjęcie jednej, oczywistej, metody poprawnego wyliczenia wartości oferty. Nieuprawnionym byłoby również przyjęcie przez zamawiającego metody proponowanej przez odwołującego na rozprawie polegającej na zsumowaniu cen jednostkowych dla wszystkich okresów i wyliczenie średniej, gdyż zamawiający równie dobrze mógł jako stawkę właściwą we wszystkich okresach przyjąć np. dla IV strefy czystości kwotę 5,30 zł/ m² lub 5,20 zł/ m² lub 5,49 zł/ m² czy też 5,83 zł/ m². Powyższe w ocenie Izby wyłącza oczywistość omyłki. Izba nie podzieliła również argumentacji odwołującego, że w niniejszej sprawie wystąpiła omyłka rachunkowa, gdyż nie jest ona możliwa do poprawienia przez zamawiającego za pomocą prostych działań matematycznych (rachunkowych). Istotnym jest w ocenie Izby, iż ceny jednostkowe, które dla poszczególnych stref należało przyjąć takie same w całym okresie obowiązywania umowy, niezależnie od zastosowanej metody wyliczenia nie będą wynikać z ceny końcowej, gdyż tak jak oczekiwał zamawiający stanowić winny samodzielną, indywidualną kalkulację odwołującego. Na podstawie treści oferty odwołującego, nie jest możliwe za pomocą działania arytmetycznego wyliczenie cen jednostkowych, według których rozliczałby się zamawiający. W ocenie Izby brak jest możliwości jednoznacznego wyliczenia wartości stawki za 1 m² w poszczególnych strefach. Izba wskazuje, iż odwołujący nie przedstawił żadnego sposobu wyliczenia, który prowadziłby do poprawienia omyłek rachunkowych w jego ofercie ani też, jakie stawki w następstwie poprawienia należało przyjąć. Stanowisko odwołującego w tym zakresie ograniczyło się jedynie do zastrzeżenia sobie możliwości wyrażenia bądź nie zgody na dokonanie przez zamawiającego poprawki co może prowadzić do nieuprawnionych negocjacji pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Izba stoi na stanowisku, iż wyliczeniom odwołującego nie sposób przypisać omyłki rachunkowej, gdyż wszystkie działania prowadzące do uzyskania ceny oferty przeprowadził prawidłowo. Odwołujący prawidłowo przemnożył ceny

jednostkowe w poszczególnych strefach czystości z ilością metrów uzyskując wartość usługi netto za jeden miesiąc, następnie prawidłowo wyliczył wartość brutto usługi za jeden miesiąc poprzez zsumowanie w wartości netto za 1 miesiąc z wartością wyliczonego podatku VAT i w dalszej kolejności prawidłowo wyliczył łączną wartość brutto usługi w okresie obowiązywania umowy, tj. w okresie 36 miesięcy poprzez zsumowanie wartości podanych w wierszach nr 7 kol. 10 wszystkich czterech tabel. Izba zauważa, że poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia odmiennego nowego oświadczenia woli wykonawcy, co w niniejszej sprawie w przypadku spełnienia oczekiwań odwołującego miałoby miejsce. Izba podkreśla, że oczywista omyłka to taka, która poza łatwością wykrycia cechuje się tym, że jest przypadkową i niezamierzoną niedokładnością w zapisie lub w wyliczeniu, której sposób poprawienia nasuwa się sama przez się każdemu. Jak sam przyznał odwołujący dokonał on wypełnienia załącznika nr 3 do SIWZ – formularza cenowego niezgodnie z wymaganiami zamawiającego, świadomie wyliczając inaczej niż oczekiwał tego zamawiający wartość oferty. Powyższe wskazuje również na niezasadność argumentacji odwołującego odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. Skoro zamawiający wyraźnie wskazał, iż wymaga podania w każdej tabeli takiej samej ceny jednostkowej dla poszczególnych stref czystości i pomocy nad pacjentem, to inne wypełnienie tego załącznika w przedmiotowym stanie sprawy nie będzie w ocenie Izby jedynie niezgodnością, co do formy a faktycznie niezgodnością, co do treści. Prawidłowe wypełnienie załącznika nr 3 do SIWZ i w konsekwencji prawidłowe wyliczenie wartości oferty przy ustalonym kryterium oceny ofert – 100% cena – ma fundamentalne znaczenie dla oceny oferty i jej klasyfikacji w rankingu ofert.

Prawidłowość działań zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty odwołującego przesądza również o niezasadności zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p. Wobec odrzucenia oferty odwołującego mając na uwadze kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w zestawieniu z wartością najtańszej oferty spośród ofert pozostałych, zamawiający uprawniony był do unieważnienia przedmiotowego postępowania gdyż cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Mając na względzie powyższe Izba nie stwierdziła również naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. gdyż zamawiający prowadzi postępowanie z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym, Izba orzekła jak w sentencji, uznając, że nie potwierdziły się zarzuty zgłoszone w odwołaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....