

WYROK

z dnia 5 stycznia 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2014 roku przez **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: DGP Clean Partner Sp. z o.o. (Lider), DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o. (Partner), Przedsiębiorstwo Usługowe GOS – ZES Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Legnicy w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Prokuraturę Okręgową w Łodzi,

przy udziale **Wykonawcy** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: DOMTOM Sp. z o.o. (Lider), DOMTOM D. A., T. J. Sp. J. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Łodzi, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Prokuraturę Okręgową w Łodzi i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwoływającego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: DGP Clean Partner Sp. z o.o. (Lider), DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o. (Partner), Przedsiębiorstwo Usługowe GOS – ZES Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Legnicy tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Prokuratury Okręgowej w Łodzi na rzecz **Odwoływającego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: DGP Clean Partner Sp. z o.o. (Lider), DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o. (Partner), Przedsiębiorstwo Usługowe GOS – ZES Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Legnicy kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Łodzi.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 15 grudnia 2014 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami, dalej jako „ustawa Pzp”), odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm: 1. DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Legnica (Lider Konsorcjum); 2. DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy (Konsorcjant); 3. Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (Konsorcjant).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publiczne na zadanie pn: „Świadczenie usług porządkowo-czystościowych w pomieszczeniach wewnątrz budynków oraz na terenach zewnętrznych przyległych do budynków Prokuratury Okręgowej w Łodzi oraz podległych jej jednostek organizacyjnych” prowadzi Zamawiający: Prokuratura Okręgowa w Łodzi. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Wszczęcie postępowania nastąpiło w dniu 18.10.2014 r., numer ogłoszenia 2014/S 201-355366.

Odwołanie wniesiono od czynności odrzucenia oferty Odwołujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 6 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucono naruszenie:

1. art. 7 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołujących, pomimo braku jej sprzeczności z treścią SIWZ;
3. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołujących, pomimo braku w ofercie błędu w obliczeniu ceny;
4. art. 92 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne wskazanie uzasadnienia faktycznego, uzasadniającego odrzucenie oferty Odwołujących na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp;
5. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wyboru oferty Odwołujących jako najkorzystniejszej według przyjętego kryterium i dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza według przyjętego kryterium.

ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

W związku z powyższymi zarzutami wnoszono o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. dokonanie wyboru oferty Odwołujących jako najkorzystniejszej według przyjętego kryterium.

Odwołujący powzięli wiadomość o czynności Zamawiającego, od której składają odwołanie w dniu 05 grudnia 2014 r., zawiadomienie zostało doręczone drogą faksową. Odwołanie zostało zatem wniesione z zachowaniem terminu.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę spełniającą warunki udziału w postępowaniu, ponadto najkorzystniejszą według przyjętego kryterium tj. zawierającą najniższą cenę, natomiast na skutek niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego może ponieść szkodę w postaci uniemożliwienia dalszego udziału w postępowaniu, a przez to uniemożliwienia uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu zaznaczono, że w dniu 5 grudnia 2014 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty, o odrzuceniu oferty i o terminie zawarcia umowy. Z pisma wynika, że Zamawiający dokonał czynności odrzucenia 8 z 9 złożonych w postępowaniu ofert, w tym oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp, a więc jako niezgodnych z treścią SIWZ oraz zawierających błąd w obliczeniu ceny.

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wyjaśnił, że odrzucone oferty są niezgodne z rozdziałem 12 SIWZ, z uwagi na niewskazanie w formularzu ofertowym - Załączniku Nr 2 oraz w żadnym innym dokumencie załączonym do oferty, przyjętych do wyliczenia stawek oraz wartości podatku VAT. Wykonawcy zamiast wyodrębnić wartość podatku VAT w formularzu ofertowym wykazali jedynie całkowitą cenę brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia. Powoduje to, że Zamawiający nie może dokonać badania złożonych ofert w zakresie poprawności podanej w nich ceny, a w szczególności zastosowania przez wykonawców prawidłowej stawki VAT jak i wyliczonej kwoty podatku VAT.

Odwołujący nie może się zgodzić z takim postępowaniem Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności oferty Odwołujących z SIWZ, w pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, iż należy odróżnić treść oferty od jej formy, a więc trzeba przyjąć iż czym innym jest oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy określające istotne postanowienia umowy, a czym innym jest sposób, w jaki jej treść zostaje wyrażona na zewnątrz (uzewnętrzniona). Rozróżnienie to ma istotne znaczenie z punktu widzenia konsekwencji niezgodności z SIWZ.

Jak wynika z jednolitej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej oraz doktryny przedmiotu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczy tylko i wyłącznie merytorycznej niezgodności oferty z treścią SIWZ. Przy czym wszelkie niezgodności powinny być oceniane

z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 kodeksu cywilnego, gdyż ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia oferty, wobec czego na podstawie art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Tak więc Zamawiający jest uprawniony do odrzucenia oferty w sytuacji niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia (*essentiali negotii*). Chodzi więc o materialną sprzeczność zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje i określił w SIWZ.

Praktyka wskazuje, iż akceptowanymi przez KIO oraz sądy okręgowe (tak wyrok KIO z dnia 30 października 2012 r., sygn.. akt. 2241/12) powodami do odrzucenia oferty - jako niezgodnej z treścią SIWZ mogą być:

1. zaoferowanie innego przedmiotu (np., o niższych parametrach, nieposiadających określonej właściwości) niespełniającego wymagań określonych w SIWZ,
2. określenie innego sposobu realizacji zamówienia,
3. brak certyfikatu produktu,
4. zaoferowanie realizacji zamówienia w dłuższym terminie,
5. określenie postanowień umowy innych niż przedstawione przez zamawiającego,
6. wskazanie innego niż w SIWZ terminu płatności,
7. wskazanie innego niż w SIWZ harmonogramu dostaw.

Co ważne ocena treści oferty pod względem jej zgodności z treścią SIWZ może być dokonywana wyłącznie w oparciu o jednoznaczne i konkretne wymagania określone w SIWZ. Nieokreślenie wymagań oznacza, że zamawiający nie może, opierając się na wyłącznie subiektywnej ocenie, domniemywać niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Zgodnie z orzeczeniem KIO z dnia 26 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 711/12 „(..) aby stwierdzić sprzeczność treści oferty z treścią siwz, a w konsekwencji odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 p.z.p. niezbędne jest wskazanie na konkretne postanowienia siwz, z którymi treść oferty jest niezgodna. Brak precyzji w postanowieniach siwz, nie może oddziaływać negatywnie na ocenę oferty podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego”.

Konieczne jest zatem wskazanie na czym polega niezgodność pomiędzy ofertą a SIWZ. Tym samym, chodzi o konkretny zapis lub postanowienie (tak: KIO w wyroku z dnia 6 lipca 2012 r., sygn.. akt. 1323/12). Niezasadne byłoby odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jeżeli nie można w sposób pewny stwierdzić, że nie spełnia ona wymagań zamawiającego. Kluczowym w okolicznościach niniejszej sprawy jest wskazanie, że w przypadku odrzucenia oferty, to na zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania

niezgodności (tak: KIO w wyroku z dnia 26 marca 2012 r., sygn. akt. KIO 495/12). Ponadto, to na zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania okoliczności stanowiących, podstawę odrzucenia. Innymi słowy, to na Organizatorze przetargu, jako wywodzącym skutki prawne, w postaci odrzucenia oferty spoczywa ciężar dowodu zgodnie z art. 190 ust. 1 u.p.z.p. (tak: KIO w wyroku z dnia 16 stycznia 2012 r., sygn. akt 22/12).

Odwołujący podniósł, iż w uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający nie wskazał na żadną merytoryczną niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ, co nasuwa wniosek o bezprawności odrzucenia. Z uzasadnienia odrzucenia wynika jedynie, że oferta jest sprzeczna z powodu niezgodności z rozdziałem 12 SIWZ, poprzez niewskazanie w formularzu ofertowym - zał. nr 2 oraz w żadnym innym dokumencie załączonym do oferty, przyjętych do wyliczenia stawek oraz wartości podatku Vat Odwołujący podnosi, iż z żadnego punktu rozdziału 12 SIWZ nie wynika, aby wykonawcy składający ofertę w ramach postępowania byli zobowiązani do wskazania w formularzu oferty bądź w jakimkolwiek innym miejscu stawki podatku VAT czy kwoty podatku. Obowiązek taki nie wynika również z samego formularza oferty. Z postanowień rozdziału 12 wynika jedynie, że wykonawca ma obowiązek podać:

1. w ofercie należy podać całkowitą cenę oferty brutto obejmującą należny podatek VAT zgodnie z przepisami stawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (pkt 12.1.4.),
2. Cena brutto zawierająca podatek VAT podana w formularzu oferty w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku (pkt. 12.1.6),
3. Co powinny zawierać ceny brutto za 1 m² powierzchni wewnętrznej i za 1 m² powierzchni zewnętrznej (pkt. 12.1.2.),
4. Prawidłowe ustalenie podatku VAT należy do obowiązków Wykonawcy (pkt. 12.1.5.),
5. Cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, którą należy obliczyć zgodnie ze wskazówkami zawartymi w formularzu oferty w oparciu o kalkulację przedstawioną w tabeli (12.1.1.).

Podkreślenia wymaga, iż Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia nie wskazał, w którym miejscu formularza oferty należało podać stawkę i kwotę podatku, a zatem z którym konkretnie postanowieniem specyfikacji oferta Odwołujących jest sprzeczna. Wobec czego, wykonawcy, których oferty zostały odrzucone zostali zmuszeni do oceny swoich ofert z treścią SIWZ odnosząc się nie do postanowień specyfikacji ale do oferty wybranego wykonawcy.

Natomiast odnosząc się do treści wybranej oferty należy wskazać, iż jeżeli Zamawiający oczekiwał wskazania kwoty podatku w pkt 5 wierszu 1 tabeli cenowej, tak jak to uczynił wybrany Wykonawca, to trzeba wskazać, iż wniosek taki nie wynika z treści formularza oferty. Z zapisów przywołanego wiersza tabeli cenowej wynika, że należało

podać całkowitą cenę oferty z dopiskiem w nawiasie „w tym należny podatek vat”, co sugeruje, że podatek miał jedynie zostać uwzględniony w cenie (zgodnie z rozdz. 12 SIWZ). Co ważne poniżej przywołanego zapisu znajduje się postanowienie, iż „zgodnie z poniższym formularzem cenowym”, natomiast w treści formularza cenowego należało podać jedynie ceny brutto, bez rozbicia na stawki i kwoty podatku. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, iż w wybranej ofercie nie ma również wskazanych stawek podatku Vat. Ponadto Odwołujący wskazuje, iż 8 z 9 wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie wypełniło ofertę tak jak Odwołujący.

Z najdalej idącej ostrożności procesowej Odwołujący podniósł również, iż wskazana przez Zamawiającego niezgodność z SIWZ nie mieści się także w katalogu istotnych formalnych elementów oferty, których niezachowanie skutkuje jej odrzuceniem jednakże nie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ale na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp tj. konieczność sporządzenia oferty w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 oraz art. 82 ust. 2 ustawy Pzp, w zw. z art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego oraz konieczność sporządzenia oferty w języku polskim (art. 9 ust. 2 ustawy Pzp).

Odwołujący podnosi, że jeżeli Zamawiający miał zamiar weryfikować poprawność obliczenia ceny, to jako organizator przetargu był uprawniony do takiego skonstruowania formularza oferty, aby wykonawcy byli zobowiązani do podania stawek podatku oraz jego kwoty. Jednakże Zamawiający tego nie uczynił, próbując na etapie oceny ofert sanować braki w SIWZ, natomiast jak zważyła Izba m.in. w orzeczeniu z dnia 6 marca 2014 r., sygn. akt 340/14 *„należy zdecydowanie podkreślić, że to zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań, uwzględniając wszelkie istotne dane. Ponadto - co zostało już potwierdzone w orzecznictwie - jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji wymagań zamawiającego nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawców”*.

Odnosząc się do zarzutu błędu w obliczeniu ceny, a więc do zasadności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp należy wskazać, iż uzasadnienie czynności odrzucenia nie daje podstaw do zastosowania przywołanego przepisu. W szczególności mając na uwadze opracowany przez Zamawiającego wzór formularza oferty brak wskazania stawki podatku od towarów i usług Vat czy kwoty podatku nie daje wystarczających podstaw do przyjęcia, iż oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Przede wszystkim należy wskazać, iż wobec braku w ustawie Prawo zamówień publicznych legalnej definicji pojęcia błędu w obliczeniu ceny, istotne jest w jaki sposób termin ten jest definiowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, i tak np., w wyroku KIO z dnia 1 kwietnia 2010 r., sygn.. akt. KIO/UZP 275/10 - przez błąd w obliczeniu ceny

w kontekście przepisy art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp należy rozumieć sposób obliczenia ceny dokonany merytorycznie w sposób niezgodny ze szczególnymi wymogami zamawiającego określonymi w postanowieniach siwz oraz ewentualnie w odrębnych przepisach prawa.

Ponadto „o błędzie w obliczeniu ceny będziemy mogli mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji. Oznacza to, że wykonawca przyjął mylne założenia, bowiem punktem wyjścia do skalkulowania ceny jest inny stan faktyczny niż wynika ze siwz. Powyższe wskazuje, że chodzi o błąd, który każdy z wykonawców może popełnić, czyniąc podstawą wyceny zamówienie, które nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia, a więc temu, czego oczekuje zamawiający” (uchwała KIO z dnia 6 marca 2012 r., KIO/KD 25/12). Zatem z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieli do czynienia również w sytuacji, w której kalkulacja ceny oferty nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z dnia 11 maja 2011 r., sygn. KIO/UZP 910/11). W tym miejscu należy podkreślić, iż w wyroku z dnia 30 lipca 2010 r. (sygn. KIO/UZP 1528/10) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż „błędem w obliczeniu ceny będzie obarczona taka oferta, z której w sposób jednoznaczny będzie wynikał zamiar wykonania świadczenia za odmienną cenę aniżeli wskazano w ofercie; będzie to oferta, z której treści (przykładowo w części opisującej kalkulację) będzie wynikała sprzeczność tego rodzaju, że niewątpliwie będzie, że zaoferowana za wykonanie zamówienia cena nie jest tą, której wykonawca oczekuje”.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie wykazał, iż cena zawarta w ofercie Odwołującego jest obarczona błędem w rozumieniu przyjętym w orzecznictwie gdyż takiego waloru nie można przypisać w świetle postanowień SIWZ (w szczególności rozdziału 12 i formularza oferty) tezie, iż w ofercie nie wskazano stawki i kwoty podatku.

Podsumowując Odwołujący zaznaczył, iż Zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu odrzucenia merytorycznej niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ oraz błędu w obliczeniu ceny, zatem należy przyjąć, iż zaskarżona czynność odrzucenia oferty Odwołującego jest pozbawiona podstaw prawnych, co z kolei prowadzi do wniosku, iż Zamawiający bezprawnie zaniechał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego i równie bezprawnie dokonał wyboru oferty DOMTOM z siedzibą w Łodzi.

Wobec powyższego odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz odrzucenie oferty Odwołującego, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: DOMTOM Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz DOMTOM D. A., T. J. Sp. j. z siedzibą w Łodzi. Przystąpienie spełniało wymogi formalne i uznane zostało za skuteczne.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego, przedstawiając na powyższą okoliczność szeroką argumentację.

Na rozprawie Strony podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

Izba, na podstawie dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia, ustaliła, że:

Z rozdziału 12 SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny) wynikało, że:

12.1. Wykonawca miał obowiązek podać:

12.1.1. Cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, którą należy obliczyć zgodnie ze wskazówkami zawartymi w formularzu oferty w oparciu o kalkulację przedstawioną w tabeli.

12.1.2. Cena jednostkowa brutto za 1m² powierzchni wewnętrznej i za 1m² powierzchni zewnętrznej uwzględnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w

niniejszej specyfikacji oraz obejmuje wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytego oraz zgodnego z umową i obowiązującymi przepisami prawa wykonania zamówienia.

12.1.3. Podane w formularzu oferty m² są wielkościami szacunkowymi umożliwiającymi wybór najkorzystniejszej oferty. Natomiast zamówienie będzie realizowane w oparciu o faktycznie wykonane usługi i cenę jednostkową brutto tych usług.

12.1.4. W ofercie należy podać całkowitą cenę oferty brutto obejmującą należny podatek VAT zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t. j. Dz. U. z 2011 r., Nr 177 poz. 1054 z późn. zm.).

12.1.5. Prawidłowe ustalenie podatku VAT należy do obowiązków Wykonawcy.

12.1.6. Cena brutto zawierająca podatek VAT podana w formularzu oferty w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

12.1.7. Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do obowiązku podatkowego Zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzspółnotowego nabycia towarów, Zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towaru i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

12.1.8. Zaleca się przed ustaleniem ceny ofertowej do odwiedzenia i sprawdzenia miejsca przyszłej realizacji zamówienia oraz jej otoczenia w celu oceny, na własną odpowiedzialność, kosztów i ryzyka, czynników koniecznych do przygotowania oferty i podpisania umowy.

12.1.9. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwróci się do Wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących kalkulacji cenowej za 1m² powierzchni sprzątaných (wewnątrz i zewnątrz budynków), a w szczególności: kosztów robocizny (netto), kosztów ogólnych (narzutów), zysku, ewentualnych upustów i innych elementów, mających wpływ na wysokość całkowitej ceny oferty.

12.1.10. Zamawiający poprawia w ofercie:

- a) oczywiste omyłki pisarskie,
- b) oczywiste omyłki rachunkowe z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- c) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W formularzu ofertowym należało zamieścić następujące dane:

1. Cena oferty: (całkowita cena oferty brutto zawiera wszelkie koszty, jakie zostaną poniesione w związku z realizacją zamówienia.

(Wyliczenie ceny brutto zostało dokonane zgodnie z wytycznymi zawartymi w rozdziale 12 SIWZ. Należało również wypełnić danymi następującą tabelę:

Całkowita cena mojej (naszej) oferty wynosi.....brutto PLN (w tym należny podatek VAT) słownie:.....PLN, zgodnie z poniższym formularzem cenowym:						
p.	Usługa	Szacunkowa powierzchnia w m ²	Ilość miesiące	Stawki jednostkowe brutto [PLN] za 1m ²	Iloczyn kolumn wstawionych do kolumny 7	Wartość w [PLN]
kol.1	kol.2	kol.3	kol.4	kol.5	kol.6	kol.7
.	Sprzątanie powierzchni wewnętrznej	17566	36		kol.3 x kol.4 x kol.5	
.	Sprzątanie powierzchni zewewnętrznej	6257	36		kol.3 x kol.4 x kol.5	
RAZEM BRUTTO w [PLN] (suma kol. 1 – 2 w kol.7)						

Na podstawie ustalonego stanu faktycznego, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Co do uwag ogólnych, to zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Natomiast stosownie do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji.

Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

Oceniając ustalony w postępowaniu stan faktyczny w pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż zapisy SIWZ obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jednoznacznie zdaniem składu orzekającego Izby potwierdzają, że Zamawiający tak skonstruował formularz ofertowy, że nie zawarł w żadnym miejscu wymagania, aby wykonawcy zobowiązaniu byli podać kwotę i stawkę należnego podatku VAT. Takich wymogów nie dopatrzone się również w rozdziale 12 SIWZ, przywoływanym zarówno przez Zamawiającego, jak też Odwołującego. Punkt 12. 1.4. stanowił, iż w ofercie należało podać całkowitą cenę oferty brutto obejmującą należny podatek VAT zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Natomiast do formularza ofertowego trzeba było wpisać cenę całkowitą oferty brutto z należnym podatkiem.

Skoro więc Zamawiający nie wymagał wyodrębnienia ani kwoty, ani też stawki należnego podatku od towarów i usług, to na etapie badania i oceny ofert, Zamawiający nie mógł tych informacji wymagać od wykonawców, tylko z tego powodu, że jeden z uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zdecydował się na podanie kwot i stawek podatku. Co więcej, nieuprawnione było odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ, która tych informacji nie przedstawiała, skoro zawierać ich nie musiała. Odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, było w ocenie składu orzekającego Izby nieuprawnione. Aby można było mówić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, musi istnieć możliwość przyporządkowania treści SIWZ (jej wymagań merytorycznych co do zawartości oferty), która winna znaleźć odzwierciedlenie w treści oferty. W przedmiotowym postępowaniu warstwa merytoryczna SIWZ nie zawierała żadnych wymagań, aby wykonawca musiał, przedstawiając cenę, której żąda za realizację usługi, przedstawić w jaki sposób daną cenę uzyskał. Wykonawca zobowiązany był jedynie do złożenia oświadczenia, że należy podatek od towarów i usług w żądanej cenie uwzględnił. Nie był natomiast zobowiązany do pokazania i wymienienia w formularzu oferty kwoty, czy też stawek podatku, które na daną cenę się składały. Tym samym, Odwołujący złożył ofertę, która zarówno co do treści, jak też formy przedstawienia powyższej treści odpowiada zapisom i wymaganiom SIWZ.

Okoliczność, że wzór umowy zawiera wymagania odnośnie konieczności wpisania zarówno kwoty, jak też stawki podatku, nie mogła być powodem odrzucenia oferty

Odwołującego. Jak słusznie zauważył na rozprawie Odwołujący, wykonawcy nie byli zobowiązani w momencie składania ofert, do wypełnienia druku wzoru umowy. Mieli zapoznać się z treścią tego wzoru i złożyć oświadczenie, że ta treść jest im znana i zgadzają się na zawarcie umowy na ustanowionych warunkach. Takie oświadczenie znajduje się w treści oferty Odwołującego. Wykonawcy nie mogą natomiast odpowiadać i przede wszystkim nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji za przeoczenie Zamawiającego przy konstruowaniu treści SIWZ, że informacje o stawce i kwocie podatku mogą być mu potrzebne do wzoru umowy. Zamawiający na rozprawie twierdził, że jego intencją było, aby wykonawcy wspomniane informacje przedstawili w ofercie. Być może taka była intencja Zamawiającego przy tworzeniu SIWZ, ale w ostatecznym kształcie tego dokumentu, intencja ta w treści dokumentu nie została wyartykułowana, przynajmniej biorąc pod uwagę treść i konstrukcję formularza ofertowego. Tym niemniej powyższe, w ocenie Izby nie może wpłynąć na ważność samej umowy, która zostanie zawarta w postępowaniu. Gdyby Zamawiający dokonał wyboru oferty, która informacji o kwocie i stawce podatku nie posiada, to wypełni wzór umowy dostępnymi mu informacjami.

Zdaniem składu orzekającego Izby, nieuprawniona była także decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W tym zakresie Zamawiający nie przedstawił żadnej argumentacji, poza przywołaniem orzecznictwa Sądu Najwyższego, kiedy mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny. Nie wskazał argumentów, które przemawiałyby za uznaniem, że w przedmiotowym postępowaniu możliwe było wystąpienie błędu w obliczeniu ceny. Zamawiający nie udowodnił, że cena w ofercie Odwołującego obliczona jest w sposób nieprawidłowy, że zastosowano nieprawidłowe stawki, czy też w nieprawidłowy sposób przypisano stawki do poszczególnych powierzchni. Tylko w takim przypadku można mówić o możliwości wystąpienia błędu w obliczeniu ceny. Niewątpliwie zbadanie, czy wykonawca prawidłowo skalkulował cenę przy zastosowanej w postępowaniu konstrukcji formularza ofertowego będzie wysoce utrudnione, ale za powyższą okoliczność odpowiada Zamawiający, jako autor SIWZ. Jeżeli natomiast Zamawiający uważa, że informacje te są niezbędne z punktu widzenia przeprowadzenia weryfikacji ofert pod względem merytorycznym, to możliwe jest przecież zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i uzyskanie od wykonawców informacji o zastosowanych stawkach i kwocie podatku (rozbiciu całkowitej ceny brutto na jej poszczególne składniki). Samo skierowanie zapytania i uzyskanie przedmiotowych informacji nie będzie stanowiło negocjacji między Zamawiającym a wykonawcami, nie będzie również prowadziło do zmiany treści oferty, skoro wykonawca poruszał będzie się w obrębie informacji wynikających z formularza ofertowego, a informacje te zostaną jedynie uszczegółowione.

Nieprawidłowe odrzucenie oferty Odwołującego prowadzi także do wniosku, że Zamawiający naruszył również art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie była najkorzystniejsza według przyjętego kryterium oceny ofert. Działania i zaniechania Zamawiającego naruszyły również art. 7 ustawy Pzp. Izba uwzględniła więc odwołanie oraz orzekła jak w sentencji. Konieczne okazało się nakazanie ponownego badania i oceny ofert, przy uwzględnieniu w tym procesie oferty Odwołującego, jako oferty która nie zawiera błędu w obliczeniu ceny, a w zakresie podnoszonym w odwołaniu, zgodna jest w swej treści z treścią SIWZ.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust 4 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), tj. stosownie do wyniku postępowania, przyznając koszty postępowania Stronie Odwołującej.

Przewodniczący: