



Warszawa, dnia 30. 12. 2014 r.

PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

UZP/DPI/01027/285/14/OS

KW- 27073/14

Sąd Okręgowy w Gdańsku

I Wydział Cywilny

ul. Nowe Ogrody 30/34

80 - 803 Gdańsk

Powód: Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

ul. Postępu 17A

02 - 676 Warszawa

NIP: 5262239325

Pozwani:

1. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

2. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Wartość przedmiotu sporu: 4.026.749,00 zł (słownie: cztery miliony dwadzieścia sześć tysięcy siedemset czterdzieści dziewięć złotych)

POZEW O STWIERDZENIE NIEWAŻNOŚCI UMOWY

Na podstawie art. 146 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w brzmieniu obowiązującym przed dniem 29 stycznia 2010 r. w zw. z art. 4 ust. 4 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058)¹,

wnoszę o:

- 1) stwierdzenie nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego nr 29/III/FIN/2009 zawartej w dniu 7 stycznia 2009 r. między Zamawiającym – [REDAKTOWANE] a wykonawcą – [REDAKTOWANE] z siedzibą w [REDAKTOWANE] na świadczenie przez wykonawcę na rzecz zamawiającego usług utrzymania porządku w obiektach znajdujących się w kompleksach wojskowych będących w zarządzie [REDAKTOWANE] i administrowanych przez [REDAKTOWANE];
- 2) zasądzenie od Pozwanych kosztów procesu według norm przepisanych.

Ponadto wnoszę o:

- 1) rozpoznanie sprawy także pod nieobecność Powoda;
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego pozwu, na okoliczność ich treści, a w szczególności na okoliczności wskazane w uzasadnieniu niniejszego pozwu;
- 3) wezwanie Pozwanego – [REDAKTOWANE] do złożenia do akt sprawy oryginałów lub kopii potwierdzonych za zgodność z oryginałem dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *utrzymanie porządku w obiektach administrowanych przez [REDAKTOWANE]* (oznaczenie sprawy: 25/III/2008), powołanych przez Powoda w uzasadnieniu pozwu, których kopie zostały załączone do pozwu – z uwagi na fakt, iż Powód nie dysponuje oryginałami tych dokumentów (w załączeniu wykaz tych dokumentów – załącznik nr 41 do pozwu).

¹ dalej odwołania do przepisów ustawy Pzp bez dodatkowego zastrzeżenia dotyczą przepisów w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia przedmiotowej umowy, tj. wg przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655).

UZASADNIENIE

LEGITYMACJA PROCESOWA CZYNNNA PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Stosownie do postanowienia art. 168 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp” w związku z art. art. 4 ust. 4 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), przewidującym, iż do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (zwany dalej: „Prezesem Urzędu” lub „Prezesem UZP”) w przypadku ujawnienia naruszenia przepisów tej ustawy może wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ustawodawca przewidział zatem dla Prezesa Urzędu, jako centralnego organu administracji rządowej właściwego w sprawach zamówień publicznych (art. 152 ust. 1 ustawy Pzp), legitymację procesową czynną w zakresie wytaczania powództw o stwierdzenie nieważności umów w sprawach zamówień publicznych. Interes prawny Prezesa UZP do występowania w sprawach o stwierdzenie nieważności umowy (ustalenie nieistnienia stosunku prawnego) znajduje swoje uzasadnienie w treści art. 152, art. 146 ust. 2 pkt 1 i art. 168 pkt 3 w zw. z art. 154 pkt 11 ustawy Pzp. Przepis art. 152 ust. 1 ustawy Pzp statuuje pozycję prawną Prezesa Urzędu jako centralnego organu administracji rządowej właściwego w sprawach zamówień publicznych. Zgodnie natomiast z art. 154 pkt 11 ustawy Pzp Prezes Urzędu czuwa nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień, w szczególności dokonując kontroli procesu udzielania zamówień publicznych w zakresie przewidzianym ustawą. W sprawach o stwierdzenie nieważności umów w sprawie zamówienia publicznego Prezes UZP występuje bowiem w ochronie interesu publicznego polegającego na zapewnieniu przestrzegania zasad systemu zamówień publicznych określonych w ustawie – Prawo zamówień publicznych. W konsekwencji, w każdym przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy Pzp skutkujących nieważnością umowy na podstawie art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu posiada podstawy procesowe i materialnoprawne do wszczęcia postępowania cywilnego bez konieczności wykazywania się istnieniem „interesu prawnego w rozumieniu art. 189 KPC. Analogiczny podgląd zaprezentował Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 września 2009 r. (sygn. akt: II CSK 104/09, LEX nr 527136). Z tych też względów Prezes UZP w niniejszej sprawie posiada legitymację procesową do wytoczenia powództwa o stwierdzenie nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego nr 29/III/FIN/2009 zawartej w dniu 7 stycznia 2009 r. między Zamawiającym – [REDAKTURA] a wykonawcą – [REDAKTURA] z siedzibą w [REDAKTURA] na świadczenie przez wykonawcę na rzecz zamawiającego usług utrzymania porządku w obiektach znajdujących się w kompleksach wojskowych będących w zarządzie [REDAKTURA] i administrowanych przez [REDAKTURA]

UZASADNIENIE FAKTYCZNE

I. STATUS PRAWNY

[REDAKTOWANE] Zarząd Infrastruktury w Odzie jest państwową jednostką organizacyjną

II. PRZEBIEG POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO PN. UTRZYMANIE PORZĄDKU W OBIEKTACH ADMINISTROWANYCH PRZEZ WAK SŁUPSK.

[REDAKTOWANE] (zwany dalej także: „Zamawiającym”) w dniu 23 lipca 2008 r. zamieścił w swojej siedzibie ogłoszenie o zamówieniu na *utrzymanie porządku w obiektach administrowanych przez [REDAKTOWANE]*

(dowód: kopia ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w siedzibie zamawiającego – załącznik nr 1 do pozwu)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2008/S [REDAKTOWANE] w dniu [REDAKTOWANE]. Przedmiotem zamówienia było wykonywanie usług polegających na utrzymaniu czystości i porządku pomieszczeń budynków, sprzątanie dróg, chodników i placów utwardzonych oraz utrzymanie i pielęgnacja terenów zieleni

w kompleksach wojskowych administrowanych przez ██████████ przez okres 48 miesięcy od dnia udzielenia zamówienia.

(dowód: kopia ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w DUUE – załącznik nr 2 do pozwu; kopia protokołu postępowania – załącznik nr 3 do pozwu)

W pkt VIII SIWZ (Sposób obliczenia ceny oferty) Zamawiający wskazał, iż podstawą do wyliczenia ceny oferty jest formularz cenowy stanowiący załącznik nr 3 (Formularz cenowy – kalkulacja), a cena oferty winna zawierać wszystkie koszty jakie ponosi wykonawca.

W pierwotnej wersji załącznika nr 3 do SIWZ, zamawiający w następujący sposób określił podstawę wyliczenia ceny oferty:

	Nazwa obiektu	Powierzchnia (m ²)	Cena jednostkowa netto (zł/m ² /m-cy)	Wartość netto zamówienia za 48 m-cy (zł)	Wartość brutto zamówienia za 48 m-cy (zł)
1.	Obiekty kubaturowe	5 889,53			
2.	Tereny zielone	232 681,00			
3.	Tereny utwardzone	87 107,00			
4.	Razem				

1. cena jednostkowa utrzymania w czystości pomieszczeń w zł za 1 m²/m-c =
2. cena jednostkowa utrzymania w czystości terenów zielonych w zł za 1 m²/m-c =
3. cena jednostkowa utrzymania w czystości terenów utwardzonych w zł za 1 m²/m-c w okresie pozazimowym =
4. cena jednostkowa utrzymania w czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym:
 - zima lekka – w zł za 100 m²/doba =
 - zima średnia – w zł za 100 m²/doba =
 - zima ciężka - w zł za 100 m²/doba =
 - warunki pozimowe - w zł za 100 m²/doba =

Jednocześnie w załączniku nr 4 do SIWZ (Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru) w pkt IV Zamawiający wskazał, iż utrzymanie czystości w okresie zimowym obejmuje okres od 1 listopada do 31 marca.

Jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu była cena.

(dowód: kopia SIWZ z załącznikami – załącznik nr 4 do pozwu)

W toku postępowania wykonawca [REDAKTOWANE] w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp skierował do Zamawiającego pytanie dotyczące treści SIWZ, wskazując, iż formularz cenowy – kalkulacja (załącznik nr 3), jest nieprawidłowy. Wykonawca wnosił o wyjaśnienie dlaczego w tabelce trzeba podać cenę utrzymania czystości terenów utwardzanych w okresie pozazimowym za 48 m-cy, skoro według SIWZ okres zimowy liczony jest od 1 listopada do 31 marca i wynosi 4 miesiące. W ocenie wykonawcy, zamiast 48 miesięcy należało podać cenę za 32 miesiące.

(dowód: kopia pisma z dnia 28 lipca 2008 r. – załącznik nr 5 do pozwu)

W odpowiedzi na powyższe, Zamawiający wyjaśnił, że na podstawie załącznika nr 3 do oferty wymaga przedstawienia ceny i wartości usługi utrzymania w czystości terenów utwardzanych bez uwzględniania tzw. warunków zimowych opisanych w Specyfikacji technicznej, rozdział IV, tj. zima lekka, średnia, ciężka. Zamawiający wskazał również, iż czynności wykonywane przez wykonawcę w ramach tzw. zimy lekkiej, średniej i ciężkiej będą rozliczane przez Zamawiającego w oparciu o przedstawione ceny w pkt 4 (cena jednostkowa utrzymania w czystości terenów utwardzanych w okresie zimowym).

(dowód: kopia pisma z dnia 31 lipca 2008 r. – załącznik nr 8 do pozwu)

W dniu 19 sierpnia 2008 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo wykonawcy [REDAKTOWANE], zawierające wniosek o modyfikację SIWZ w zakresie formularza cenowego poprzez dodanie w tabeli poz. 4 zawierającej wartość usługi utrzymania w czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym, obliczonej na podstawie uśrednionej ceny jednostkowej utrzymania w czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym oraz zrezygnowania z cen jednostkowych dotyczących zimy lekkiej, średniej i ciężkiej. Wnioskodawca uzasadniał konieczność zmiany przewidywanym rozliczeniem na podstawie zaoferowanej miesięcznej ceny ryczałtowej brutto, uwzględniającej wszystkie czynniki, jakie składają się na realizację usługi, przedstawiając jednocześnie sugerowaną wersję załącznika nr 3 oraz załącznika nr 1 do SIWZ.

(dowód: kopia pisma z dnia 14 sierpnia 2008 r. w sprawie modyfikacji SIWZ – załącznik nr 7 do pozwu)

Na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ w sposób zaproponowany przez wnioskodawcę.

W ostatecznej wersji tabeli, po modyfikacji SIWZ dokonanej 25 sierpnia 2008 r., zawarto następujące pozycje:

	Nazwa obiektu	Powierzchnia (m ²)	Cena jednostkowa netto (zł/m ² /m-cy)	Wartość netto zamówienia za 48 m-cy (zł)	Wartość brutto zamówienia za 48 m-cy (zł)
1.	Obiekty kubaturowe	5 669,53			
2.	Tereny zielone	232 681,00			
3.	Tereny utwardzone poza zimą	87 107,00			
4.	Tereny utwardzone w okresie zimowym *	87 107,00			
5.	Razem				

* W pozycji 4 „Tereny utwardzone w okresie zimowym”, w kolumnie „Cena jednostkowa netto (zł/m²/m-c)” należy podać średnią arytmetyczną cenę jednostkową za 1 m² dla warunków zimy lekkiej, średniej i ciężkiej. W kolumnie „Wartość netto zamówienia za 48 m-cy(zł)” należy wpisać iloczyn ceny jednostkowej netto i powierzchni.

Pod tabelą umieszczono następujące informacje:

1. cena jednostkowa utrzymania w czystości pomieszczeń w zł za 1 m²/m-c =
2. cena jednostkowa utrzymania w czystości terenów zieleni w zł za 1 m²/m-c =
3. cena jednostkowa utrzymania w czystości terenów utwardzonych w zł za 1 m²/m-c w okresie pozazimowym =
4. cena jednostkowa utrzymania w czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym:
 - zima lekka – w zł za 100 m²/doba =
 - zima średnia – w zł za 100 m²/doba =
 - zima ciężka - w zł za 100 m²/doba =
 - warunki pozimowe - w zł za 100 m²/doba =

Do upływu terminu składania ofert wyznaczonego na dzień 4 września 2009 r. wpłynęły trzy oferty złożone przez wykonawców:

1. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: [REDAKTED] oraz [REDAKTED] (zwane dalej: „konsorcjum [REDAKTED]”) z ceną 2 488 054,31 PLN brutto;
2. [REDAKTED] z ceną 3 273 356,62 PLN brutto;
3. [REDAKTED] z ceną 4 026 748,80 PLN brutto.

(dowód: kopia oferty konsorcjum firm: [redacted] oraz [redacted] – załącznik nr 8 do pozwu; kopia oferty [redacted] – załącznik nr 9 do pozwu; kopia oferty [redacted] – załącznik nr 10 do pozwu)

W dniu 24 października 2008 r. Zamawiający poinformował o wyniku przedmiotowego postępowania. Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę [redacted] która otrzymała 100 % przy uwzględnieniu jedynego kryterium oceny ofert w postaci ceny. Jednocześnie, Zamawiający poinformował o odrzuceniu ofert pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Oferta wykonawcy [redacted] została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp gdyż w pozycji 4 formularza cenowego wyliczono nieprawidłowo wartość usługi. Zamawiający wskazał, iż błędnie skalkulowano, że wartość usługi polega na podaniu dwóch wartości (a – za jeden miesiąc usługi i b – za 16 miesięcy wykonywania usługi), podczas gdy w formularzu Zamawiający przewidział wyliczenie wartości za 48 miesięcy, w związku z czym wartość podana przez wykonawcę jest nieprawidłowa. Oferta konsorcjum [redacted] również została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż w pozycji 4 formularza ofertowego wyliczono nieprawidłowo wartość usługi dla warunków zimowych. Zamawiający zaznaczył, że podana wartość zamówienia netto za 48 miesięcy nie odpowiada iloczynowi powierzchni i ceny jednostkowej netto zł/m²/m-cy oraz 48 miesięcy. Podając podstawę prawną odrzucenia ww. ofert, Zamawiający przytoczył treść art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88, lub błędy w obliczeniu ceny”.

(dowód: kopia informacji o wyniku postępowania z dnia 24 października 2008 r. – załącznik nr 11 do pozwu)

Działając na podstawie wówczas obowiązującego art. 180 ust. 1 i 2 w zw. z art. 179 ustawy Pzp, konsorcjum [redacted] wniosło protest, zarzucając Zamawiającemu sprzeczne z prawem odrzucenie złożonej przez nie oferty oraz wybór najkorzystniejszej oferty z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Protestujące konsorcjum zarzuciło Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 91, art. 92 ustawy Pzp. W uzasadnieniu protestu konsorcjum wskazało, iż dokonując odrzucenia oferty protestującego Zamawiający bezpodstawnie powołał się na nieobowiązujące – w dniu odrzucenia oferty – przepisy prawa, gdyż w związku z nowelizacją ustawy Pzp dokonaną ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) z dniem 24 października 2008 r. zmianie uległ art. 87 ust. 2 i art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz został uchylony art. 88 ustawy Pzp. Odnosząc się z kolei do merytorycznych podstaw odrzucenia oferty, protestujący wskazał, że Zamawiający dokonał oceny ofert w zakresie

formularza cenowego według zasad innych niż te, które sam opisał w SIWZ, wskazując przy tym na rozbieżności w treści poszczególnych zapisów SIWZ w zakresie sposobu wyliczenia ceny (pkt IV załącznik nr 4 do SIWZ, kolumna nr 5 tabeli formularza cenowego). Protestujący podkreślił, iż odrzucenie złożonej przez niego oferty, jak również wybór oferty droższej o ponad 1.500.000 zł w sposób rażąco narusza obowiązujące prawo. Protestujący żądał powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty protestującego, jako oferty niepodlegającej odrzuceniu oraz dokonania wyboru złożonej przez niego oferty jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

(dowód: kopia protestu z dnia 29 października 2008 r. – załącznik nr 12 do pozwu)

Do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca [REDAKTOWANE] wnosząc m.in. o odrzucenie protestu jako bezzasadnego.

(dowód: kopia przystąpienia do protestu z dnia 3 listopada 2008 r. – załącznik nr 13 do pozwu)

Zamawiający oddalił przedmiotowy protest w całości, wskazując, iż wyboru najkorzystniejszej oferty dokonano w dniu 23 października 2008 r., a więc przed wejściem w życie nowelizacji ustawy Pzp dokonanej ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058). Jednocześnie, Zamawiający wskazał, iż kwota jaką podał przed otwarciem ofert jest kwotą jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia i nie musi być ona tożsama z kwotą jaką Zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

(dowód: kopia rozstrzygnięcia protestu z dnia 13 listopada 2008 r. – załącznik nr 14 do pozwu)

Od powyższego rozstrzygnięcia protestu konsorcjum [REDAKTOWANE] wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 91 i art. 92 ustawy Pzp poprzez dokonanie, sprzecznie z obowiązującymi przepisami, czynności odrzucenia oferty protestującego oraz wyboru oferty o ponad 1.500.000 zł droższej, która znacznie przekracza środki finansowe podane przez Zamawiającego przed otwarciem ofert i która podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wobec obliczenia ceny oferty w formularzu cenowym niezgodnie z wymogami SIWZ oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wobec niespełnienia przez wykonawcę [REDAKTOWANE] warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę [REDAKTOWANE]

██████████ oraz o powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, jako oferty niepodlegającej odrzuceniu oraz dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej.

(dowód: kopia odwołania z dnia 18 listopada 2008 r. – załącznik nr 15 do pozwu)

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca ██████████

(dowód: kopia przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 26 listopada 2008 r. – załącznik nr 16 do pozwu)

Wyrokiem z dnia 9 grudnia 2008 r. (sygn. akt: KIO ██████████) Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych oddaliła odwołanie. W uzasadnieniu wydanego orzeczenia Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że wobec obliczenia ceny w ofercie odwołującego w sposób celowy, Zamawiający nie mógł zastosować przepisów art. 87 ust. 2 ustawy Pzp o poprawie omyłek i wobec tego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez niewłaściwe odrzucenie oferty niezawierającej błędów nie został uwzględniony. Izba wskazała również, że oferta odwołującego była sporządzona na podstawie innego wzoru obliczania ceny niż wymagał tego Zamawiający w formularzu cenowym stanowiącym załącznik do specyfikacji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała także, że odwołujący nie dowiódł, iż w postępowaniu Zamawiający dokonał zmiany specyfikacji po terminie składania ofert i dlatego zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp również nie został uwzględniony.

(dowód: kopia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 9 grudnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1353/08 – załącznik nr 17 do pozwu)

Na powyższe orzeczenie konsorcjum ██████████ w dniu 24 grudnia 2008 r. wniosło skargę do Sądu Okręgowego w Gdańsku za pośrednictwem Prezes UZP.

W skardze konsorcjum wskazało, iż skoro Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że należało skalkulować tylko cenę i powierzchnię, a nie dodatkowo 20 miesięcy okresu zimowego jak zrobił to skarżący, to również oferta wykonawcy ██████████, uznana za najkorzystniejszą, została skalkulowana niezgodnie ze sposobem wskazanym przez Izbę w tym wyroku, gdyż wykonawca kalkułował cenę jednostkową netto i powierzchnię oraz okres 48 miesięcy, a nie cenę netto i powierzchnię. Skarżący wskazał również, iż Zamawiający miał obowiązek poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w przedmiotowym postępowaniu, kwestionując uznanie przez Izbę uznania popełnionej omyłki za świadomą i wskazując, iż art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy odnosi się do innych omyłek niż oczywiste.

(dowód: kopia skargi z dnia 24 grudnia 2008 r. – załącznik nr 18 do pozwu)

Sąd Okręgowy w Gdańsku wyrokiem z dnia 18 lutego 2009 r. (sygn. akt XII Ga 10/09) uwzględnił skargę wykonawcy i zmienił zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w ten sposób, że uwzględnił odwołanie konsorcjum [REDAKTOWANE] oraz nakazał Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Sąd stanął na stanowisku, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty w dniu 24 października 2008 r., a więc w dniu wejścia w życie nowelizacji ustawy Pzp w zakresie dotyczącym m. in. art. 87 tej ustawy, w związku z czym powinien on zastosować przepis art. 87 w znowelizowanym brzmieniu. W ocenie Sądu wynagrodzenie w pozycjach 1, 2, 3 formularza ofertowego ma charakter ryczałtowy, a w pozycji 4 rozliczenie winno nastąpić w oparciu o przedstawione ceny jednostkowe. Skoro Zamawiający w SIWZ *de facto* wskazał, iż okres zimowy trwa 20 miesięcy to wykonawca obliczając cenę za ten okres do SIWZ się zastosował. Sąd dostrzegł również, iż wykonawcy winni byli przemnożyć cenę przez powierzchnię, a nie dodatkowo przez 48 miesięcy. Tym samym nie było podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Błąd w odniesieniu do oferty skarżącego w pozycji nr 4 (pomnożenie przez 20 miesięcy) został wywołany przez Zamawiającego i ma charakter oczywistej omyłki rachunkowej i jako taki podlegał poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Sąd wskazał, że Zamawiający powołał się na art. 88 ustawy Pzp, który od 24 października 2008 r. stracił moc obowiązującą, jak również próbował narzucić nieuzasadniony pogląd, że wybrał ofertę 23 października 2008 r. Sąd uznał, iż sposób obliczenia ceny za świadczone usługi niewątpliwie budził wątpliwości, które nie zostały jednoznacznie rozstrzygnięte, a te z kolei nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy i prowadzić do odrzucenia jego oferty. W ocenie Sądu Zamawiający wbrew zasadom logiki, pomimo 20 miesięcznego okresu zimowego, żądał podania ceny za okres 48 miesięcy, a więc opis przedmiotu zamówienia był wadliwy, naruszający art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Sąd stwierdził, że adnotacja pod tabelą sugeruje, że w pozycji nr 4 nie należało mnożyć ceny przez 48 miesięcy. Zdaniem Sądu skarżący prawidłowo wypełnił pozycję za 20 miesięcy, w dodatkowej kolumnie wskazał liczbę miesięcy, więc kalkulacja jego ceny mogła zostać poprawiona, a podanie przez niego ceny za 20 miesięcy jest błędem wywołanym przez Zamawiającego.

(dowód: kopia wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 18 lutego 2009 r. – załącznik nr 19 do pozwu)

Umowa w sprawie zamówienia publicznego nr 29/III/FIN/2009 na świadczenie przez wykonawcę na rzecz zamawiającego usług utrzymania porządku w obiektach znajdujących się w kompleksach wojskowych będących w zarządzie [REDAKTOWANE] i administrowanych przez [REDAKTOWANE] została zawarta pomiędzy Zamawiającym – [REDAKTOWANE] a wykonawcą – [REDAKTOWANE] w dniu 7 stycznia 2009 r., a więc przed wydaniem orzeczenia w wyniku

wniesienia skargi przez konsorcjum [REDAKTOWANE] na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 grudnia 2008 r. (sygn. akt: KIO 1353/08).

Wynagrodzenie za wykonanie umowy określono na kwotę 4.026.748,80 zł brutto (§ 4 ust. 1 umowy nr 29/III/FIN/2009).

Termin realizacji umowy określono na okres od dnia 1 lutego 2009 r. do dnia 31 stycznia 2010 r. (§ 2 ust. 1 umowy nr 29/III/FIN/2009).

(dowód: kopia umowy nr 29/III/FIN/2009 z dnia 7 stycznia 2009 r. – załącznik nr 20 do pozwu)

Wykonując wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 18 lutego 2009 r. (sygn. akt: XII Ga 10/09) komisja przetargowa unieważniła czynność odrzucenia oferty konsorcjum [REDAKTOWANE], unieważniła czynność odrzucenia oferty [REDAKTOWANE] oraz unieważniła czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy [REDAKTOWANE]. W toku ponownej oceny badania i oceny ofert komisja stwierdziła jednak, że oferty złożone przez ww. wykonawców nie są zabezpieczone wadium, a termin związania ofertą upłynął. W związku z powyższym, komisja przetargowa postanowiła wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę [REDAKTOWANE] oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE]. [REDAKTOWANE] na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Jednocześnie, komisja stwierdziła brak podstaw do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej z wykonawcą [REDAKTOWANE]. Komisja postanowiła dokonać ponownego wyboru oferty ww. wykonawcy, z którym została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

(dowód: kopia protokołu z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 24 kwietnia 2010 r. – załącznik nr 21 do pozwu)

Ponowna informacja o wyniku postępowania została upubliczniona przez Zamawiającego w dniu 29 kwietnia 2010 r.

(dowód: kopia informacji o wyniku postępowania z dnia 29 kwietnia 2010 r. – załącznik nr 22 do pozwu)

III. KONTROLA POSTĘPOWANIA PRZEPROWADZONA PRZEZ PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Pismem z dnia 15 stycznia 2008 r. (znak: UZP/DKD/AM/252307/776/09, SK/516/08) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych działając na podstawie art. 161 ust. 4 oraz art. 163 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) wszczął z urzędu postępowanie wyjaśniające dotyczące postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Utrzymanie porządku i czystości pomieszczeń, budynków, sprzątanie dróg, chodników i placów utwardzonych oraz utrzymanie i pielęgnacja terenów zieleni w kompleksach wojskowych administrowanych przez WAK Słupsk”.

(dowód: kopia pisma z dnia 15 stycznia 2008 r. znak: UZP/DKD/AM/252307/776/09, SK/516/08 – załącznik nr 23 do pozwu)

Wszczęcie postępowania wyjaśniającego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zostało zainicjowane wnioskiem wykonawcy [REDAKTOWANE] o wszczęcie kontroli doraźnej piętnastu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez [REDAKTOWANE] na wykonanie usług polegających na utrzymaniu porządku i czystości pomieszczeń budynków, sprzątanie dróg, chodników i placów utwardzonych oraz utrzymanie i pielęgnację terenów zieleni w kompleksach wojskowych administrowanych przez [REDAKTOWANE]. Wnioskodawca wskazał, iż we wszystkich postępowaniach treść SIWZ w odniesieniu do postanowień dotyczących sposobu obliczenia ceny jest taka sama. Jednocześnie, w wyniku odwołań złożonych przez wykonawców, którzy złożyli oferty z najniższą ceną, zapadały niejednolite orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Wnioskodawca wraz z pismem przedłożył zestawienie 15 postępowań oraz sentencji wyroków Krajowej Izby Odwoławczej.

(dowód: kopia pisma z dnia 15 grudnia 2008 r. – załącznik nr 24 do pozwu)

Pismem z dnia 7 kwietnia 2009 r. (znak: UZP/DKD/AM/252307/6386/09, SK/516/08) na podstawie art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) została wszczęta kontrola przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

(dowód: kopia pisma z dnia 7 kwietnia 2009 r. znak: UZP/DKD/AM/252307/6386/09, SK/516/08 – załącznik nr 25 do pozwu)

W toku prowadzonej kontroli doraźnej Zamawiający wskazał, że konsorcjum [REDAKTOWANE] nie zgadzając się z informacją dotyczącą wykonania wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 18 lutego 2009 r. (sygn. akt: XII Ga 10/09) wniosło do Sądu Rejonowego w Gdyni wniosek egzekucyjny (sygn. akt: VII Co 341/10) o wykonanie świadczenia niepieniężnego, w wyniku którego Sąd wydał postanowienie nakazujące Zamawiającemu w terminie 45 dni, pod rygorem grzywny, wykonanie czynności wynikających z sentencji wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku. W wyniku zażalenia Zamawiającego na powyższe postanowienie, Sąd Okręgowy w Gdańsku (sygn. akt: III Cz 733/10) uchylił zaskarżone postanowienie.

(dowód: kopia pisma z dnia 27 października 2011 r. wraz z załącznikami, znak: ZP – 10890/11 – załącznik nr 26 do pozwu)

W trakcie prowadzenia kontroli doraźnej ustalono, iż kontrolowane postępowanie było jednym z piętnastu postępowań prowadzonym przez ██████████ na wykonanie usług utrzymania porządku w obiektach administrowanych przez ██████

W każdym z postępowań Zamawiający określił taki sam sposób dokonania kalkulacji ceny przez wykonawców. Zapadłe w sprawach wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, dotyczące takiego samego stanu faktycznego, w zakresie sposobu skalkulowania ceny w formularzu ofertowym wskazują na różne sposoby jego wypełnienia, potwierdzając tym samym niejednoznaczność treści SIWZ w tym zakresie:

1. w wyroku z dnia 21 listopada 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP ██████████) dotyczącym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Utrzymanie porządku w obiektach administrowanych przez ██████████” Izba uwzględniła odwołanie i unieważniła postępowanie, stwierdzając, iż z treści zapisów specyfikacji i formularza cenowego nie wynika obowiązek uwzględnienia w kalkulacji ceny okresu 48 m-cy realizacji usług, a powyższe powoduje nieporównywalność ofert, przy czym w tym postępowaniu Zamawiający nie mógł dokonać poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem odrzucenie oferty nastąpiło przed dniem wejścia w życie tego przepisu, tj. przed dniem 24 października 2008 r.;
2. w wyroku z dnia 25 listopada 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP ██████████) dotyczącym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Utrzymanie porządku w obiektach administrowanych przez ██████████” Izba uwzględniła odwołanie, nakazując Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny oferty odwołującego z uwzględnieniem treści art. 88 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp; przy czym Zamawiający nie mógł dokonać poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem odrzucenie oferty nastąpiło przed dniem wejścia w życie tego przepisu, tj. przed dniem 24 października 2008 r.;
3. w wyroku z dnia 4 grudnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP ██████████) dotyczącym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Utrzymanie porządku w obiektach administrowanych przez ██████████”, Izba oddaliła odwołanie, stwierdzając, iż z treści zapisów specyfikacji formularza cenowego wynika obowiązek uwzględnienia w kalkulacji ceny okresu 48 m-cy realizacji usług, a jednocześnie wskazała, iż Zamawiający nie mógł dokonać poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem odrzucenie oferty nastąpiło przed dniem wejścia w życie tego przepisu, tj. przed dniem 24 października 2008 r.;
4. w wyroku z dnia 5 grudnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP ██████████) dotyczącym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Utrzymanie porządku w obiektach administrowanych przez ██████████”, Izba oddaliła odwołanie, stwierdzając, iż z treści zapisów specyfikacji i formularza cenowego wynika obowiązek uwzględnienia w kalkulacji ceny okresu 48 m-cy realizacji

usług, niedochowanie powyższego stanowi natomiast błąd w obliczeniu ceny niepodlegający poprawie w myśl art. 88 Pzp; przy czym i tu Zamawiający nie mógł dokonać poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem unieważnienie postępowania nastąpiło przed dniem wejścia w życie tego przepisu, tj. przed dniem 24 października 2008 r.;

6. w wyroku z dnia 5 grudnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP [REDAKTED]) dotyczącym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „*Utrzymanie porządku w obiektach administrowanych przez [REDAKTED]*”, Izba uwzględniła odwołanie, nakazując unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem obowiązku poprawiania omyłki rachunkowej; przy czym Zamawiający nie mógł dokonać poprawiania omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem odrzucenie oferty nastąpiło przed dniem wejścia w życie tego przepisu, tj. przed dniem 24 października 2008 r.;

6. w wyroku z dnia 9 grudnia 2008 r. (sygn. akt: KIO [REDAKTED]) – wydanym w niniejszej sprawie – Izba oddaliła odwołania, uznając, iż w formularzu ofertowym odwołujący dokonał pomnożenia Innych liczb, niezgodnie z treścią wymagań Zamawiającego w tym zakresie. Nadto, Izba uznała, iż skoro działanie odwołującego polegające na obliczaniu ceny za zimowe utrzymanie było świadome, a odwołujący nie wykazał zgodnie z którym postanowieniem specyfikacji postępował przy wyliczaniu ceny za wykonanie usługi zimowego utrzymania, Zamawiający nie mógł zastosować art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż działanie odwołującego było całkowicie świadome i skierowane na wywołanie takiego właśnie skutku. Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez niewłaściwe odrzucenie oferty, gdyż oferta odwołującego została sporządzona na podstawie innego wzoru obliczania ceny niż wymagał tego Zamawiający w formularzu cenowym stanowiącym załącznik do specyfikacji;

7. w wyroku z dnia 9 grudnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP [REDAKTED]) dotyczącym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „*Utrzymanie porządku w obiektach administrowanych przez [REDAKTED]*”, Izba uwzględniła odwołanie, nakazując unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz ponowne dokonanie czynności badania, oceny i wyboru oferty, z uwzględnieniem obowiązku poprawiania omyłki rachunkowej. Jednocześnie Izba wskazała, iż zaistniała omyłka, którą Zamawiający winien poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby zaistniała omyłka polegała na niezgodności ofert (formularza ofertowego poz. 4) i podanym literalnie sposobem wyliczenia ceny. Wobec faktu, iż treść oferty w tej pozycji stanowią wyłącznie stałe ceny jednostkowe, bowiem one stanowiły podstawę rozliczeń, nakazana czynność poprawiania tej omyłki nie ingeruje w treść oferty, gdyż podane w ofercie ceny jednostkowe odwołującego w żaden sposób nie są kwestionowane. Ustawowym obowiązkiem Zamawiającego jest zawsze zapewnienie porównywalności ofert i prowadzenie postępowania z respektowaniem zasady równego traktowania wykonawcy, zatem koniecznym jest stosowanie tej samej reguły obliczenia ceny w stosunku do wszystkich ofert.

(dowód: kopie wyroków Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturach akt: KIO/UZP 1246/08; KIO/UZP 1280/08; KIO/UZP 1345/08; KIO/UZP 1346/08; KIO/UZP 1352/08; KIO/UZP 1371/08 – załączniki nr 27, 28, 29, 30, 31, 32 do pozwu)

W wyniku rozpatrzenia skarg wykonawców na ww. orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, Sąd Okręgowy w Gdańsku zmieniał zaskarżone orzeczenia i uwzględniał odwołania, poprzez nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie czynności ponownego badania, oceny i wyboru ofert (wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 18 lutego 2008 r., sygn. akt: XII Ga 10/09; wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 4 lutego 2009 r., sygn. akt: XII Ga 448/08; wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 4 lutego 2009 r., sygn. akt: XII Ga 12/09; wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 4 lutego 2009 r., sygn. akt: XII Ga 11/09; wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 4 lutego 2009 r., sygn. akt: XII Ga 37/09).

(dowód: kopie wyroków Sądu Okręgowego w Gdańsku o sygnaturach akt: XII Ga 10/09; XII Ga 448/08; XII Ga 12/09; XII Ga 11/09; XII Ga 37/09 – załączniki nr 33, 34, 35, 36, 37 do pozwu)

Z kolei w przypadku gdy skargę na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej wnosił Zamawiający, Sąd Okręgowy w Gdańsku skargę oddalał (wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 4 lutego 2009 r., sygn. akt: XII Ga 1/09; wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 4 lutego 2009 r., sygn. akt: XII Ga 2/09).

(dowód: kopie wyroków Sądu Okręgowego w Gdańsku o sygnaturach akt: XII Ga 1/09; XII Ga 2/09 – załączniki nr 38, 39 do pozwu)

W pkt 2.2.1 *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 19 grudnia 2011 r. (znak: UZP/DKD/65/09), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że wewnętrznie sprzeczne skonstruowanie SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i sposobu obliczenia ceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Utrzymanie porządku w obiektach administrowanych przez [REDAKTOWANE]”, stanowi naruszenie przez Zamawiającego [REDAKTOWANE] art. 29 ust.1 i art. 36 ust. 1 pkt 3 i 12 ustawy Pzp. Na podstawie dokumentacji postępowania w toku kontroli ustalono, iż kalkulując cenę w pozycji 3 i 4 formularza cenowego, każdy z wykonawców przyjął za podstawę kalkulacji inną liczbę miesięcy świadczenia usługi w okresie zimowym. Konsorcjum [REDAKTOWANE] skalkulowało cenę w pozycji 3 uwzględniając przedział czasowy świadczenia usługi utrzymania terenów utwardzonych w okresie pozazimowym za 28 miesięcy, natomiast w okresie zimowym za 20 miesięcy. Jednocześnie wykonawca zmodyfikował formularz cenowy – kalkulację (załącznik nr 3 do SIWZ) dodając kolumnę 7 której w odniesieniu do pozycji 3 (tereny utwardzone poza zimą) i 4 (tereny

utwardzone w okresie zimowym) podał inną ilość miesięcy, przez które przemnożył ceny jednostkowe (odpowiednio 28 i 20). Wykonawca pod tabelą zawarł wyjaśnienia, iż powyższa zmiana została wprowadzona zgodnie z okresami wykonywania usługi wskazanymi w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót.

Z kolei wykonawca [REDAKTOWANE] w pozycji 4 formularza cenowego wyliczył wartość usługi poprzez podanie dwóch wartości (a – za jeden miesiąc usługi i b – za 18 miesięcy wykonywania usługi).

Natomiast wykonawca [REDAKTOWANE] skalkulował ceny w pozycjach 3 i 4 formularza z uwzględnieniem okresu 48 miesięcy.

Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę [REDAKTOWANE] jednocześnie odrzucając oferty pozostałych wykonawców z powodu błędu w obliczeniu ceny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia ofert Zamawiający wskazał, iż przewidział wyliczenie wartości za 48 miesięcy, w związku z czym wartości podane przez ww. wykonawców są nieprawidłowe.

W takich okolicznościach, Prezes Urzędu stwierdził, że w kontrolowanym postępowaniu zaistniały przeszkody w wyborze najkorzystniejszej oferty, gdyż z uwagi na wewnętrznie sprzeczne postanowienia SIWZ skutkujące odmiannym sposobem obliczenia ceny przez poszczególnych wykonawców, nie było możliwe dokonanie porównania złożonych ofert i wybranie oferty najkorzystniejszej. Dlatego też, Zamawiający zobowiązany był unieważnić przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a zaniechanie zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez jego unieważnienie stanowi naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

(dowód: kopia informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 19 grudnia 2011 r., znak UZP/DKD/KN/65/09 – załącznik nr 40 do pozwu).

Zamawiający nie skorzystał z prawa do wniesienia zastrzeżeń od wyniku przedmiotowej kontroli, które przysługiwało mu na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy Pzp.

UZASADNIENIE PRAWNE

1. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zastrzega na etapie czynności przygotowawczych poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obowiązek przygotowania przez zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej także „SIWZ”).

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia jest podstawowym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mającym szczególne znaczenie dla jego poprawnego, zgodnego z przepisami ustawy Pzp, przebiegu. Dokument ten, którego obligatoryjna zawartość została wskazana w treści art. 36 ustawy Pzp, z jednej strony wyznacza wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego wymagania, które ma spełnić oferta, by uczynić w najwyższym stopniu zadość potrzebom i oczekiwaniom zamawiającego, z drugiej zaś – granice i ramy, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując badania i oceny złożonych ofert.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu udostępnienia, jest wiążąca zarówno dla jej autora – zamawiającego, jak również dla wykonawców, zainteresowanych pozyskaniem zamówienia publicznego. Źródło przedmiotowego zobowiązania wynika z treści art. 70¹ § 3 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r., poz. 121 ze zm.), zwanej dalej „KC”, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia o zamówieniu zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie warunków udziału w postępowaniu, opisu przedmiotu zamówienia, kryteriów oceny ofert, przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to całokształt informacji zawartych w SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu ww. przepisu KC. Udostępnienie specyfikacji jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy, wymienionych w SIWZ.

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SIWZ, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. W ślad za ustalonym orzecznictwem trzeba wskazać, iż wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji w związku z niezastosowaniem się do niejasnych, niedookreślonych czy niekompletnych postanowień SIWZ, a wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lutego 2011 r., sygn. akt: KIO 163/11, KIO 164/11, LexPolonica nr 2480713; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 września 2011 r., sygn. akt: KIO 1864/1, LexPolonica nr 2790212; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 września 2011 r., sygn. akt: KIO 1967/11, LexPolonica nr 2795745; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2011 r., sygn. akt: KIO/2043/11, LexPolonica nr 2794906; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 grudnia 2010 r., sygn. akt: KIO 2607/1 KIO 2613/10, LexPolonica nr 2448628; wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 20 marca 2007 r., sygn. akt: XIX Ga 80/07²).

² www.uzp.gov.pl/cmaweb/page/GetFile1.aspx?etid=713

Ponadto, wszelkie nieścisłości oraz brak precyzji w formułowaniu treści SIWZ przez zamawiającego muszą być interpretowane w sposób dający się pogodzić z zasadami wskazanymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i nie mogą skutkować negatywnymi konsekwencjami dla któregośkolwiek z wykonawców składających ofertę w przekonaniu, iż działają zgodnie z wytycznymi zawartymi w SIWZ. Od zamawiającego wykonawcy mają bowiem prawo oczekiwać należytej staranności w przygotowaniu i prowadzeniu postępowania. Dlatego też precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i poprawne stosowanie, jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Dla przejrzystości dalszych wywodów, koniecznym staje się przypomnienie kilku okoliczności faktycznych, mających zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na *utrzymanie porządku w obiektach administrowanych przez [REDAKTOWANE]* prowadzonym przez [REDAKTOWANE] formularz cenowy, stanowiący załącznik nr 3 do SIWZ, został opracowany przez Zamawiającego w formie tabeli. Oprócz nazwy obiektu i powierzchni Zamawiający wymagał podania przez wykonawców ceny jednostkowej netto (zł/m²/m-c), wartości netto zamówienia za 48 miesięcy oraz wartości brutto zamówienia za 48 miesięcy. W zakresie pozycji 4 tabeli („Tereny utwardzane w okresie zimowym”) Zamawiający wyjaśnił, iż w kolumnie „Cena jednostkowa netto (zł/m²/m-c)”, należy podać średnią arytmetyczną cenę jednostkową za 1m² dla warunków zimy lekkiej, średniej i ciężkiej. W kolumnie „Wartość netto zamówienia za 48 m-cy (zł)” należało wpisać iloczyn ceny jednostkowej netto i powierzchni. W formularzu tym należało także podać ceny jednostkowe za utrzymanie w czystości pomieszczeń, utrzymanie w czystości terenów zielonych, utrzymanie w czystości terenów utwardzonych w okresie pozazimowym oraz utrzymanie w czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym, przy czym w przypadku tych ostatnich należało wyróżnić zimę lekką, średnią, ciężką, a także warunki pozazimowe.

Jednocześnie, w załączniku nr 4 do SIWZ (Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru) na str. 7 Zamawiający podał, iż utrzymanie czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym „obejmuje okres od 1 listopada do 31 marca” tj. pięć miesięcy w ciągu roku.

Z kolei § 2 ust. 1 projektu umowy (załącznik nr 5 do SIWZ) stanowi, iż termin realizacji zamówienia wynosi 48 miesięcy od daty podpisania umowy. W § 4 projektu umowy przewidziano zaś podanie ogólnej wartości umowy oraz wynagrodzenie miesięczne. W umowie przewidziano również podanie cen jednostkowych wyszczególnionych w formularzu cenowym, na podstawie których Zamawiający będzie dokonywał wypłaty wynagrodzenia.

W oparciu o tak sformułowane zapisy SIWZ, każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia przyjął za podstawę kalkulacji inną liczbę miesięcy świadczenia usługi w okresie zimowym. Konsorcjum [REDAKTOWANE] skalkulowało cenę w pozycji 3 uwzględniając przedział czasowy świadczenia usługi utrzymania terenów utwardzonych w okresie pozazimowym za 28 miesięcy, natomiast w okresie zimowym za 20 miesięcy.

Jednocześnie wykonawca zmodyfikował formularz cenowy – kalkulację (załącznik nr 3 do SIWZ) dodając kolumnę 7 w której w odniesieniu do pozycji 3 (tereny utwardzone poza zimą) i 4 (tereny utwardzone w okresie zimowym) podał inną ilość miesięcy, przez które przemnożył ceny jednostkowe (odpowiednio 28 i 20). Wykonawca pod tabelą zawarł wyjaśnienia, iż powyższa zmiana została wprowadzona zgodnie z okresami wykonywania usługi wskazanymi w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Z kolei wykonawca [REDAKTOWANE] Sp. z o. o. w pozycji 4 formularza cenowego wyliczył wartość usługi poprzez podanie dwóch wartości (a – za jeden miesiąc usługi i b – za 16 miesięcy wykonywania usług). Natomiast wykonawca [REDAKTOWANE], którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, skalkulował ceny w pozycjach 3 i 4 formularza z uwzględnieniem okresu 48 miesięcy.

W świetle powyższego, nie może budzić wątpliwości, iż w niniejszym postępowaniu sposób obliczenia ceny oferty za świadczenie usług w okresie zimowym został rozmaicie zinterpretowany przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Z okoliczności faktycznych niniejszej sprawy można bowiem wywieść wnioszek, że zapisy SIWZ co do sposobu obliczenia ceny za świadczenie usług w okresie zimowym można było zrozumieć co najmniej na trzy sposoby, czyli tak jak je odczytali wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu. Przy czym podkreślić należy, że na tle niejednoznacznych zapisów SIWZ, Zamawiający wyprowadził negatywne konsekwencje aż dla dwóch z trzech wykonawców biorących udział w tym postępowaniu, odrzucił bowiem ofertę wykonawcy [REDAKTOWANE] oraz ofertę konsorcjum [REDAKTOWANE] na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z powodu błędu w obliczeniu ceny. W wyniku wyeliminowania z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy na realizację zamówienia złożyli oferty z niższą ceną, Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę wykonawcy [REDAKTOWANE] z ceną 4.026.748,80 zł, a więc droższą o 1.538.894,49 zł od ceny oferty konsorcjum [REDAKTOWANE] oraz o 753.392,18 zł od ceny oferty wykonawcy [REDAKTOWANE].

W tym miejscu warto wskazać, iż zapisy specyfikacji należy rozumieć w sposób najbliższy ich literalnemu brzmieniu, który wiąże nie tylko wykonawców, ale i zamawiającego, który nie może czynić w tym zakresie żadnych odstępstw w toku postępowania i nadawać mu odmiennego znaczenia, niż wyrażone wprost (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 października 2008 r., sygn. akt: XXIII Ga 446/08; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 grudnia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2531/10, LEX nr 691271; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 grudnia 2010 r., sygn. akt: KIO 2525/10, LexPolonica nr 2439605; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2011 r., sygn. akt: KIO 1877/11, LEX nr 956001).

Jednocześnie, w przypadku gdy literalny sposób wykładni wymagań zamawiającego określonych w podstawowym dokumencie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest jednoznaczny, nieuprawnione jest nakładanie na wykonawców ciężaru interpretowania

zamierzeń zamawiającego na podstawie poszczególnych postanowień specyfikacji. Jeśli zatem zamawiający tak ukształtował postępowanie, że zapisy opracowanej przez niego specyfikacji dawały możliwość różnej interpretacji jej postanowień, winien podjąć starania w celu zniwelowania skutków takiego działania i przyjąć na siebie konsekwencje własnej niestaranności. Przeniesienie ciężaru i skutków braku precyzji zamawiającego na wykonawców, przejawiające się odrzuceniem oferty stanowi nadużycie prawa, które nie zasługuje na ochronę.

Niewątpliwą, na gruncie przedmiotowego postępowania, jawi się okoliczność, że w pozycji 4 formularza ofertowego rozliczenia za zimowe utrzymanie terenów utwardzanych miało się odbywać w oparciu o ustalone ceny jednostkowe, stosownie do okresu oraz faktycznie panujących warunków atmosferycznych, podczas gdy wynagrodzenie w odniesieniu do pozycji 1 – 3 formularza ofertowego ma charakter ryczałtowy. Nie może również budzić wątpliwości fakt, iż wykonawcy w odpowiedzi na brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia złożyli oferty, które w dobrej wierze odpowiadały na postawione w specyfikacji wymogi Zamawiającego w zakresie sposobu obliczenia ceny. Jeśli ceny ofert, poprzez niedostateczną precyzję i niekonsekwencje w brzmieniu specyfikacji skutkowały złożeniem przez wykonawców ofert niezgodnych z intencją Zamawiającego, to Zamawiający nie można ich obarczać skutkami takiego stanu rzeczy. Dokument tej rangi co specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinien być bowiem zredagowany w taki sposób, aby dokładnie i w sposób zrozumiały dla adresatów zawartych w nich norm wyrażać intencje zamawiającego, w szczególności w zakresie sposobu obliczenia ceny, zwłaszcza, że cena jest przedmiotowo istotnym składnikiem oferty. Dotyczy to także postulatu wzajemnej komplementarności i niesprzeczności postanowień dokumentów składających się na specyfikację, co także w niniejszej sprawie, w szczególności w świetle brzmienia formularza ofertowego, załącznika nr 4 (Specyfikacja techniczna i odbioru), a także § 2 ust. 1 i § 4 projektu umowy, dało uczestnikom postępowania pole do snucia domysłów co do zamysłu Zamawiającego w zakresie wymaganego sposobu obliczenia ceny.

Nie sposób bowiem uznać, że w świetle niejednoznacznych ww. zapisów SIWZ, przyjęcie przez konsorcjum [REDAKTOR] przy kalkulacji ceny w pozycji nr 4 formularza ofertowego, okresu 20 miesięcy, a przez wykonawcę [REDAKTOR] okresu 16 miesięcy, spowodowało sztuczne zaniżenie wartości wynagrodzenia za świadczenie usługi będącej przedmiotem niniejszego zamówienia. Przyjęcie takiego sposobu obliczenia ceny w pozycji 4 formularza ofertowego przez ww. wykonawców stanowi również wynik, pogłębiającej niejasności, modyfikacji formularza ofertowego z dnia 25 sierpnia 2008 r. Zamieszczając przypis pod tabelą formularza cenowego (załącznik nr 3), że w poz. 4 w kolumnie „wartość netto zamówienia za 48 m-cy (zł)” dla utrzymania terenów utwardzonych w okresie zimowym wykonawcy winni przedstawić wyłącznie iloczyn ceny jednostkowej i powierzchni, Zamawiający nie wprowadził wymogu pomnożenia tej ceny dodatkowo przez 48 miesięcy. Innymi słowy, w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo takiej możliwości, Zamawiający nie dokonał sprecyzowania treści SIWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny w sposób umożliwiający

wykonawcom przedstawienie porównywalnych ofert. Ścisła redakcja treści SIWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny w pozycji 4 formularza ofertowego po dokonanej modyfikacji nadal pozostawała niejednoznaczna i wciąż pozwalała na różną wykładnię postanowień w tym zakresie. W tym miejscu trzeba podkreślić, iż Zamawiający nie jest zwolniony z dokonania precyzyjnego opisu sposobu obliczenia ceny na skutek przyznania przez ustawodawcę wykonawcom uprawnienia do żądania wyjaśnień treści SIWZ w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp.

Art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Również art. 36 ust. 1 pkt 3 i 12 ustawy Pzp wskazuje na konieczność określenia w SIWZ zarówno opisu przedmiotu zamówienia, jak i sposobu obliczenia ceny. Wskazane przepisy służą realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1033/09, LEX nr 513864) „z dyspozycji przepisu art. 29 ust. 1 ustawy wynika, że dla wszystkich wykonawców opis przedmiotu zamówienia musi być zrozumiały i powinni go rozumieć w taki sam sposób”.

W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający nie określił przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Skoro bowiem w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wprowadził rozróżnienie świadczenia poszczególnych usług w okresie zimowym i poza nim, to wszystkie ww. elementy winny znaleźć odzwierciedlenie w sposobie obliczenia ceny, który powinien być określony w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższe zaniechanie Zamawiającego doprowadziło do sytuacji złożenia ofert skonstruowanych w oparciu o różną interpretację SIWZ, w których wykonawcy oszacowali wynagrodzenie w odmienny sposób.

W wyroku z dnia 18 lutego 2009 r. (sygn. akt. XII Ga 10/09), wydanym w niniejszej sprawie Sąd Okręgowy w Gdańsku wskazał, iż „jednym z obowiązkowych elementów specyfikacji jest wskazanie wykonawcy elementów, które muszą być uwzględnione w kalkulacji ceny oferty. Metoda opisanie sposobu obliczenia ceny jest uzależniona od rodzaju przedmiotu, ale zawsze sprowadza się do wyliczenia wszystkich istotnych czynników, które winny być wliczone w cenę.”

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, iż niejednoznaczne skonstruowanie SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i sposobu obliczenia ceny stanowi rażące naruszenie

29 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 i 12 ustawy Pzp.

II. Jednocześnie, w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z rażącym naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia omyłek w ofertach złożonych przez konsorcjum [REDAKTOWANE] wykonawcę [REDAKTOWANE] oraz wykonawcę [REDAKTOWANE] a także z rażącym naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie ofert złożonych przez konsorcjum [REDAKTOWANE] oraz wykonawcę [REDAKTOWANE] z powodu błędu w obliczeniu ceny. Wskazane naruszenia ustawy Pzp miały wpływ na wynik postępowania.

Przy niejasnym sformułowaniu SIWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny w pozycji 4 formularza ofertowego, Zamawiający wywiódł negatywne konsekwencje dla konsorcjum [REDAKTOWANE] oraz wykonawcy [REDAKTOWANE], odrzucając złożone przez nich oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Przy czym przywołując podstawę prawną odrzucenia wskazanych ofert Zamawiający przywołał treść art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu sprzed zmiany dokonanej ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw [(Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), zwanej dalej: „ustawą nowelizującą”]. Tymczasem, za Sądem Okręgowym w Gdańsku (sygn. akt: XII Ga 10/09), należy wskazać, iż w związku z brzmieniem art. 4 ust. 1 ustawy nowelizującej, do oceny przesłanek odrzucenia oferty i poprawiania omyłek mają zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu obowiązującym od dnia 24 października 2008 r., dlatego też Zamawiający dokonując wyboru oferty w dniu wejścia w życie przepisów ustawy nowelizującej, miał obowiązek stosować przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą. Podkreślić bowiem należy, że dla oceny skutków prawnych czynności zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, o którym mowa w art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, należy przyjąć czas uzewnętrznienia tej czynności zainteresowanym podmiotom, który w niniejszym postępowaniu miał miejsce w dniu 24 października 2008 r., a więc w dniu wejścia w życie nowego brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zgodnie z obowiązującą od dnia 24 października 2008 r. treścią art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. W wyniku wspomnianej wyżej nowelizacji ustawy Pzp, zrezygnowano z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Wprowadzenie takiego rozwiązania wynikało z konieczności usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Od dnia wejścia w życie nowego brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, tj., od dnia 24 października 2008 r., odrzuceniu podlegają oferty ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są

możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł (uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy Pzp oraz niektórych innych ustaw, nr druku: 471). *Ratio legis* art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jest więc przede wszystkim ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia, którym jest zagrożony w razie błędnego obliczenia ceny oferty. Błąd w rozumieniu ww. przepisu jest błędem co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, a nie wadliwie od strony „technicznej” wykonaną czynnością obliczenia ceny.

Od błędu w obliczaniu ceny należy odróżnić wystąpienie innej omyłki niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Stosownie bowiem do treści ww. przepisu, zamawiający poprawia inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Celem wprowadzenia powyższego uregulowania prawnego było ograniczenie sytuacji, w których korzystne cenowo oferty podlegały odrzuceniu z uwagi na fakt, iż pojawiły się w nich mało znaczące błędy niemożliwe do poprawienia na mocy określonych ustawowo zasad, przewidzianych w obowiązującym do dnia wejścia w życie ustawy nowelizującej art. 89 ustawy Pzp. Rozwiązanie przewidziane w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp miało przyczynić się do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert, jak również w konsekwencji do ograniczenia liczby unieważnianych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Użycie w treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp niejednoznacznego pojęcia „innej omyłki” powoduje, iż terminem tym można objąć wiele różnorodnych przypadków, zaś zaniechanie wyspecyfikowania ich w ustawie pozwala na ograniczenie kazuistyki przy praktycznym stosowaniu tego przepisu. Jak zostało wskazane w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie (sygn. akt: XII Ga 429/09), artykuł 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu białych pomylek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp., lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki”.

Przenosząc powyższe rozważania w realia niniejszej sprawy, należy w pierwszej kolejności wskazać na czym polegały niezgodności ofert złożonych przez konsorcjum [REDAKTOWANE] wykonawcą [REDAKTOWANE] ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Punktem odniesienia dla dokonania tej oceny są zapisy SIWZ, będącego podstawowym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z treścią załącznika nr 3, po uwzględnieniu jego modyfikacji dokonanej w dniu 25 sierpnia 2008 r., Zamawiający wymagał podania w tabeli cen jednostkowych netto za m² za miesiąc oraz wartości netto i brutto zamówienia za okres 48 miesięcy dla utrzymania w czystości odpowiednio: obiektów kubaturowych (poz. 1 wykazu), terenów zielonych (poz. 2 wykazu), terenów utwardzonych poza zimą (poz. 3 wykazu) i terenów utwardzonych w okresie zimowym (poz. 4 wykazu). Częściowo odmienne regulacje dotyczą poz. 4, gdyż pod tabelą zamieścił postanowienie o treści „w pozycji 4 „tereny utwardzone w okresie zimowym” w kolumnie „cena jednostkowa netto (zł/ m²/m-c) należy podać średnią arytmetyczną cenę jednostkową za 1 m² dla warunków zimy lekkiej, średniej i ciężkiej. W kolumnie „wartość netto zamówienia za 48 m-cy (zł)” należy wpisać iloczyn ceny

jednostkowej netto i powierzchni.

Dodatkowo pod tabelą formularza cenowego – kalkulacji zamieścić informacje, iż wymaga podania cen jednostkowych za m² za miesiąc dla:

1. utrzymania w czystości pomieszczeń,
2. utrzymania w czystości terenów zieleni,
3. utrzymania w czystości terenów utwardzonych,
4. utrzymania w czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym odrębnie dla zimy lekkiej, zimy średniej, zimy ciężkiej i warunków poza zimowych za 100 m²/doba.

W treści formularza oferty – załącznik nr 1 do SIWZ, uwzględniającej modyfikację dokonaną w dniu 25 sierpnia 2008 r., Zamawiający wymagał podania ceny brutto, stawki i kwoty VAT odpowiednio dla utrzymania w czystości pkt 1. obiektów kubaturowych, pkt 2. terenów zielonych, pkt 3. terenów utwardzonych poza zimą i pkt 4. terenów utwardzonych w okresie zimowym. W punkcie 5 formularza oferty wymagał podania ceny brutto, będącej sumą cen za utrzymanie czystości określonych w pkt 1-4 oferty.

W § 4 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do oferty, przewidziano określenie ogólnego wynagrodzenia umowy, netto i brutto za sumę wartości elementów zamówienia składających się z cen brutto i netto za utrzymanie w czystości

- a) obiektów kubaturowych, za 1 m-c,
 - b) terenów zielonych, za 1 m-c,
 - c) terenów utwardzonych w okresie poza zimowym, za 1m-c,
 - d) terenów utwardzonych w okresie zimowym,
- w oparciu o ofertę, złożoną przez wykonawcę.

W odniesieniu do utrzymania terenów utwardzonych w okresie zimowym, Zamawiający rozróżnił stany pogody, nazywając je zimą lekką, zimą średnią, zimą ciężką, gdzie faktyczne rozliczenia, za usługi w okresie zimowym mają się dokonywać w oparciu o ceny jednostkowe za 100 m²/dobę, określone odpowiednio w formularzu cenowym wykonawcy dla poszczególnych stanów pogody zimowej. Klasyfikację warunków pogodowych w okresie zimowym zamawiający określił w SIWZ, podając grubość pokrywy świeżo spadłego śniegu w ciągu doby, dla zimy lekkiej do 5 cm, zimy średniej – do 15 cm i zimy ciężkiej ponad 15 cm. Zamawiający w rozdziale IV specyfikacji technicznej podał, że rozliczenia jak dla warunków zimowych mogą odbywać się w okresie od 1 listopada do 31 marca każdego roku, to znaczy przez 20 miesięcy, przez cały okres trwania umowy.

W oparciu o tak skonstruowane zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Konsorcjum **[REDAKTOWANE]** w formularzu cenowym wpisało cenę jednostkową netto (zł/m²/m-c) oraz dokonało kalkulacji wartości usługi w okresie zimowym za 20 m-cy. Konsorcjum zmodyfikowało formularz cenowy – kalkulację (załącznik nr 3 do SIWZ) dodając kolumnę 7, której w odniesieniu do pozycji 3 (tereny utwardzone poza zimą) i 4 (tereny utwardzone w okresie zimowym) podało inną ilość miesięcy, przez które przemnożyło ceny jednostkowe (odpowiednio

28 i 20). Jednocześnie pod tabelą zawarto wyjaśnienia, iż powyższa zmiana została wprowadzona zgodnie z okresami wykonywania usługi wskazanymi w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót.

Wykonawca [REDAKTOWANE] w pozycji 4 formularza cenowego wyliczył wartość usługi poprzez podanie dwóch wartości (a – za jeden miesiąc usługi i b – za 16 miesięcy wykonywania usługi). W pozycjach od 1 do 3 wykonawca ten podał ceny jednostkowe netto, wartość netto zamówienia za 48 miesięcy oraz wartość brutto zamówienia również za 48 miesięcy, co nie zostało zakwestionowane przez Zamawiającego. Jako nieprawidłowe Zamawiający ocenił podanie wynagrodzenia w pozycji 4 formularza cenowego, odnoszącego się do warunków zimowych. W poz. 4 „tereny utwardzone w okresie zimowym” w kolumnie „wartość netto zamówienia za 48 m-cy (zł)”, wykonawca podał: w pkt a) kwotę 6 097,49 zł – stanowiącą iloczyn ceny jednostkowej netto i powierzchni, w pkt b) kwotę 97 559,84 zł – będącą iloczynem ceny za 1 m-c usługi i 16 miesięcy. W tym samym układzie podał wynagrodzenie brutto dla poz. 4. Jednocześnie załączył do oferty oświadczenie dotyczące wyjaśnienia załącznika nr 3 „formularz cenowy – kalkulacja”, z którego wynika, że aby nie dublować kosztów ponoszonych na utrzymanie terenów utwardzonych, w wierszu 4 podał tylko różnicę jaką Zamawiający będzie dopłacał do utrzymania terenów utwardzonych w okresie zimowym do kwoty z pozycji nr 3.

Z kolei wykonawca [REDAKTOWANE] skalkulował ceny w pozycjach 3 i 4 formularza z uwzględnieniem okresu 48 miesięcy, jako iloczyn ceny jednostkowej netto, powierzchni oraz okresu 48 miesięcy.

Mając jednak na uwadze literalne brzmienie przypisu zamieszczonego pod tabelą formularza cenowego – kalkulacji (załącznik nr 3 do SIWZ), że w poz. 4 w kolumnie „wartość netto zamówienia za 48 m-cy (zł)” dla utrzymania terenów utwardzonych w okresie zimowym, wykonawcy winni przedstawić wyłącznie iloczyn ceny jednostkowej i powierzchni. Przy czym z dosłownego brzmienia wskazanego zapisu wynika, że Zamawiający nie wprowadził konieczności pomnożenia tej ceny dodatkowo przez 48 miesięcy. Adnotacja, którą Zamawiający wprowadził pod tabelą załącznika nr 3 odnosi się ściśle do poz. 4 i określa sposób obliczenia ceny ofert jedynie na potrzeby usługi zawartej w tej pozycji formularza cenowego.

Z tego względu w stanie faktycznym sprawy Zamawiający zobowiązany był do poprawienia omyłek w ofertach (załącznikach nr 3) złożonych przez konsorcjum [REDAKTOWANE], wykonawcę [REDAKTOWANE], a także wykonawcę [REDAKTOWANE]. Tylko bowiem dokonanie poprawienia złożonych ofert z uwzględnieniem dosłownego, literalnego brzmienia zapisu SIWZ umożliwiłoby Zamawiającemu ich ocenę i porównanie na równych, jednolitych zasadach. Omyłki w ofertach złożonych przez wykonawców polegały na niezgodności ofert (formularza ofertowego w pozycji 4) ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – formularza kalkulacyjnego w pozycji 4 i podanym tam literalnie sposobem wyliczenia ceny. Wobec faktu, że treść ofert w tej pozycji stanowią wyłącznie stałe

ceny jednostkowe, bowiem one będą stanowiły podstawę rozliczeń, poprawienie omyłki nie ingeruje w treść oferty, gdyż podane ceny jednostkowe w złożonych w postępowaniu ofertach nie są kwestionowane. Zamawiający dysponował wszelkimi niezbędnymi danymi, koniecznymi do dokonania poprawienia omyłek w ofertach wykonawców i winien bezwzględnie dokonać tej czynności, gdyż przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma charakter imperatywny. W okolicznościach niniejszej sprawy omyłki w ofertach ww. wykonawców miały taki charakter, że ich poprawienia Zamawiający mógł dokonać samodzielnie, bez udziału wykonawców w tej czynności. W świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dopuszczalnym jest poprawienie w ofercie innych omyłek jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień. Z taką sytuacją mamy do czynienia w realiach faktycznych niniejszej sprawy, zwłaszcza biorąc pod uwagę niejednoznaczne zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie sposobu obliczenia ceny. Autorem tych zapisów był Zamawiający, który z jednej strony obarczył konsekwencjami takiego stanu rzeczy dwóch z trzech wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucił złożone przez nich oferty, a z drugiej strony uznał za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy [REDAKTED] [REDAKTED] po dokonaniu jej oceny z pominięciem literalnego brzmienia zapisów SIWZ, która sam stworzył. Takie działanie Zamawiającego nie zasługuje na aprobatę, gdyż godzi w zaufanie wszystkich uczestników obrotu gospodarczego wobec podmiotów obowiązanych stosować ustawę Pzp, w tym zwłaszcza do samego Zamawiającego.

W tym miejscu należy z podkreślić, iż działania zamawiającego muszą być przewidywalne dla wykonawców i oparte na z góry podanych warunkach zamówienia, gdyż jedynie wówczas można uznać, że zamawiający prowadził postępowanie w sposób przejrzysty (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 sierpnia 2014 r., sygn. akt: KIO 1509/14, LexPolonica nr 8732398).

Konsekwencją zaniechania przez Zamawiającego poprawienia innych omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w ofertach złożonych przez konsorcjum [REDAKTED] oraz wykonawcę [REDAKTED], jest naruszenie przez niego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, polegające na bezpodstawnym odrzuceniu tych ofert. Jednocześnie, zaniechanie zastosowania przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp doprowadziło do wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę [REDAKTED] [REDAKTED], której treść również odbiegała od literalnego brzmienia SIWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny wskazanego w załączniku nr 3 do SIWZ z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wyrażona w tym przepisie zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oznacza konieczność stosowania przez Zamawiającego równej miary do wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższa konstatacja ma istotne znaczenie wobec wspomnianych już niejednoznacznych zapisów treści SIWZ w zakresie sposobu obliczania ceny w pozycji 4 formularza ofertowego, stanowiących źródło odmiennych sposobów obliczenia ceny w odrzuconych w niniejszym postępowaniu ofertach. Z całą stanowczością podkreślić należy, że gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zamawiający, a wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji nie dość precyzyjnego ustalenia treści SIWZ. Przytoczone twierdzenie zyskuje na znaczeniu, ze względu na to, że zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki w obliczeniu ceny w ofertach złożonych przez konsorcjum [REDAKTOWANE] oraz wykonawcy [REDAKTOWANE] a następnie bezpodstawne odrzucenie tych ofert, spowodowało wybór jako najkorzystniejszej oferty z najwyższą ceną – wyższą o 1.538.694,49 zł od ceny oferty konsorcjum [REDAKTOWANE] oraz o 753.392,18 zł od ceny oferty wykonawcy [REDAKTOWANE].

NIEWAŻNOŚĆ UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO W ŚWIETLE ART. 146 UST. 1 USTAWY PZP

Umowa w sprawie zamówienia publicznego nr 29/III/FIN/2009 na świadczenie przez wykonawcę na rzecz zamawiającego usług utrzymania porządku w obiektach znajdujących się w kompleksach wojskowych będących w zarządzie [REDAKTOWANE] i administrowanych przez [REDAKTOWANE], została zawarta pomiędzy Zamawiającym – [REDAKTOWANE] a wykonawcą – [REDAKTOWANE] w dniu 7 stycznia 2009 r.

Z tego względu, mając na uwadze brzmienie przepisu art. 4 ust. 4 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), ocena prawna tej umowy winna być dokonywana na gruncie przepisów ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu jej zawarcia.

Ustawa Prawo zamówień publicznych reguluje zagadnienie nieważności umów w art. 146, określając taksatywnie wymienione w ust. 1 okoliczności, które powodują bezwzględną nieważność umowy. W stanie prawnym właściwym dla oceny przedmiotowej umowy przesłanki nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego zostały określone w art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp. Stosownie do treści art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, umowa jest nieważna zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy. Z kolei zgodnie z brzmieniem art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, obowiązującego w dacie zawarcia wskazanej umowy, w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania.

Wybór przez Pozwanego – [REDAKTOWANE] oferty wykonawcy [REDAKTOWANE] do realizacji usług utrzymania porządku w obiektach znajdujących się w kompleksach wojskowych będących w zarządzie [REDAKTOWANE]

[redacted] i administrowanych przez [redacted], został dokonany z rażącym naruszeniem przepisów art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i 12, art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, co wypełnia przesłankę nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego wyrażoną w art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W wyroku z dnia z dnia 26 maja 2011 r. Sąd Okręgowy w Zielonej Górze (sygn. akt I C 371/2010, LexPolonica nr 3048996) wskazał, iż przepisy nie precyzują naruszenia rażącego, przy czym należy mieć na uwadze, iż przepisy ten traktuje o wadliwości czynności cywilnoprawnych. Nieprawidłowości przy wyborze oferty są traktowane w sposób szczególny, gdyż ustawa wprawdzie wskazuje, iż wybór oferty ma być dokonany z rażącym naruszeniem ustawy, jednak nie wymaga, aby naruszenie ustawy wywierało jakikolwiek wpływ na wynik postępowania. W związku z dyspozycją przepisu art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna wówczas, gdy naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych miało charakter rażący, przy czym rażącym naruszeniem prawa jest także jego naruszenie, w wyniku którego powstają skutki niemożliwe do zaakceptowania z punktu widzenia zasad udzielania zamówień publicznych oraz wymagań praworządności. W doktrynie wskazuje się także, iż rażące naruszenie ustawy w zakresie wyboru oferty będzie się odnosić zarówno do oceny formalnej ofert (np. odrzucenie ofert bez podstawy prawnej), jak i oceny merytorycznej za pomocą kryteriów oceny ofert (np. dokonanie oceny ofert za pomocą innych kryteriów niż wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia)³.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż wobec rażących naruszeń ustawy Pzp stwierdzonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, umowa nr 29/III/FIN/2009 zawarta w dniu 7 stycznia 2009 r. pomiędzy Zamawiającym – [redacted] a wykonawcą – [redacted] na świadczenie przez wykonawcę na rzecz zamawiającego usług utrzymania porządku w obiektach znajdujących się w kompleksach wojskowych będących w zarządzie [redacted] i administrowanych przez [redacted] jest nieważna na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ wybór oferty nastąpił z rażącym naruszeniem art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i 12, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Niezależnie od ziszczenia się przesłanki nieważności umowy, o której mowa w art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, w realiach faktycznych niniejszej sprawy zachodzi także druga przesłanka nieważności umowy z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W myśli tego przepisu umowa jest nieważna jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na jego wynik. Przy przesłance, o której stanowi art. 146 ust. 6 ustawy Pzp istotne jest, że gdyby nie określone naruszenie przepisów ustawy Pzp postępowanie zakończyłoby się wyborem innej oferty, bądź koniecznością unieważnienia postępowania. W stanie faktycznym niniejszej gdyby Zamawiający nie odrzucił

³ M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III., Stan prawny: 2007.10.12.

oferty z niższą ceną złożonej przez konsorcjum [REDAKTOWANE] na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, postępowanie zakończyłoby się wyborem oferty tego konsorcjum, gdyż jedynym kryterium wyboru ofert w tym postępowaniu była cena. Tak więc odrzucenie oferty konsorcjum [REDAKTOWANE] miało wpływ na wynik postępowania, albowiem w sytuacji wyboru jako najkorzystniejszej tej oferty, to właśnie z tym konsorcjum zostałaby zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego (arg. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp), a nie z pozwanym wykonawcą [REDAKTOWANE].

Mając na uwadze powyższe, należy skonstatować, iż w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, niniejsze powództwo jest konieczne i w pełni uzasadnione.

KWESTIE FORMALNE

I. Wartość przedmiotu sporu została ustalona na kwotę 4.026.749,00 zł (słownie: cztery miliony dwadzieścia sześć tysięcy siedemset czterdzieści dziewięć złotych), co odpowiada wartości brutto wynagrodzenia wykonawcy [REDAKTOWANE] określonego w § 4 ust. 1 umowy nr 29/III/FIN/2009, zaokrąglonego do pełnych złotych w myśl art. 126¹ § 3 KPC.

II. Prezes UZP jako centralny organ administracji publicznej (*statio fisci* Skarbu Państwa) jest zwolniony na podstawie art. 94 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1025) z obowiązku uiszczania opłat.

III. Właściwość miejscowa sądu jest usprawiedliwiona na podstawie art. 43 § 1 w zw. z art. 29 KPC.

2 k.p.
WYKONAWCA
[REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE]