

Sygn. akt: KIO 2499/12

## WYROK

z dnia 27 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Robert Skrzyszewski**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2012 r. przez wykonawcę **Vendi Servis Sp. z o.o., ul. Sowizdrzała 3, 03-610 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Powiatowy w Kętrzynie, ul. Marii Curie-Skłodowskiej 2, 11-400 Kętrzyn,**

przy udziale wykonawcy **Aspen Res Sp. z o.o., ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Vendi Servis Sp. z o.o., ul. Sowizdrzała 3, 03 - 610 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Vendi Servis Sp. z o.o., ul. Sowizdrzała 3, 03-610 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący: .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Szpital Powiatowy w Kętrzynie, ul. M.C. Skłodowskiej 2, 11 - 400 Kętrzyn wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na Usługi w zakresie kompleksowego przygotowania, dostarczania oraz podawania posiłków szpitalnych pacjentom Szpitala Powiatowego w Kętrzynie ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 30 sierpień 2012 r. pod pozycją 2012/S 166-275770, znak sprawy: 19/PN/12.

W dniu 02 listopada 2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującego Vendi Servis sp. z o.o., ul. Sowizdrzała 3, 03-610 Warszawa o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu tj oferty wykonawcy: ASPEN-RES sp. z o.o., 31-322 Kraków, ul. Bularnia 5.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przedmiotowego przetargu Odwołujący w dniu 12 listopada 2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec zaniechania Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy konkurencyjnego.

Zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust.1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i nieodrzućenie, uznanej za najkorzystniejszą w postępowaniu oferty złożonej przez wybranego wykonawcę, pomimo, iż treść tej oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ;
3. Naruszenie art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Zgłaszając powyższe zarzuty Odwołujący wnosil o:

1. unieważnienie decyzji w sprawie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez, ASPEN-RES sp. z o.o., 31-322 Kraków, ul. Bularnia 5,
2. nakazanie Zmawiającemu dokonania zaniechanej czynności odrzucenia oferty Wykonawcy, ASPEN-RES sp. z o.o., 31-322 Kraków, ul. Bularnia 5,

3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,

4. nakazania Zamawiającemu dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego oferta konkurenta powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego, jako niezgodna z treścią SIWZ.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający przewidział w załączniku nr 2 do SIWZ formularz ofertowo cenowy, który obejmuje szczegółowy cennik poszczególnych posiłków.

Według Odwołującego ASPEN - RES sp. z o.o. wypełnił formularz ofertowy niekompletnie, bowiem nie przewidział w nim ceny za następujące posiłki: drugie śniadanie, podwieczorek i posiłek nocny chorego, a wobec tego zaproponowana przez tego wykonawcę cena nie obejmuje całego zamówienia.

Jednocześnie podniósł, że niekompletne wypełnienie w/w formularza nie może być traktowane, jako omyłka niepowodująca istotnych zmian w treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a zatem powyższa oferta powinna zostać odrzucona.

W dniu 15 listopada 2012r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca: ASPEN - RES sp. z o.o., zwany dalej Przystępującym.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty Przystępującego, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 2 listopada 2012r., wezwania Zamawiającego z dnia 29 października 2012r., odpowiedzi na powyższe wezwanie z dnia 30 października 2012r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 16 listopada 2012r., zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 15 listopada 2012r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3, art.89 ust.1 pkt. 2, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w rozpatrywanej sprawie jest kwestia czy Zamawiający powinien odrzucić ofertę Przystępującego z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ.

Izba ustaliła, że Przystępujący na stronie 6 swojej oferty złożył formularz asortymentowo – cenowy zawierający wskazanie: rodzajów posiłków, w tym drugiego śniadania – poz.2, w ilości 17 550, podwieczorka – poz.4, w ilości 13 650 i posiłku nocnego chorego – poz.6, w ilości 7 800.

W powyższym formularzu wpisane zostały kreski do powyższych pozycji cen jednostkowych posiłku netto, wartości netto i wartości brutto.

Powyższe wzbudziło wątpliwości Zamawiającego, który wezwał Zamawiającego pismem z dnia 29 października 2012r. w trybie przepisu art.87 ust.1 ustawy Pzp do wyjaśnienia powyższych elementów cenowych.

Przystępujący pismem z dnia 30 października 2012r. oświadczył, że wskazane pozycje wynoszą zarówno dla cen jednostkowych, jak i końcowych „0” słownie: zero zł (00/100).

Z powyższego stanu faktycznego sprawy – zdaniem Izby - wynika, że Przystępujący złożył ofertę zawierającą trzy ceny jednostkowe z ceną „0” i takimi samymi wartościami netto i brutto tych cen.

Należy przy tym zauważyć, że stosownie do art. 60 kodeksu cywilnego z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli).

Zdaniem Izby oświadczenie wyjaśniające, że użycie kreski w spornych pozycjach cenowych oznacza podanie wartości zero jest wystarczające dla przypisania tym pozycjom tej właśnie wartości.

Izba reprezentuje zapatrywanie na tle powyższego stanu faktycznego sprawy, że tak zaoferowane świadczenie przedmiotu zamówienia z podaniem ceny jednostkowej „0” nie pozostaje w sprzeczności z treścią SIWZ.

Przed wszystkim należy wskazać, że Zamawiający w treści SIWZ, w szczególności w treści rozdziału XII – opisu sposobu obliczenia ceny nie uczynił żadnego ograniczenia, co do możliwości dokonania wyceny poszczególnych pozycji asortymentowych na poziomie „0” złotych, które to postanowienia wykonawca mógłby zaskarżyć. Zamawiający nie umieścił też żadnej instrukcji jak wypełnić żądany formularz asortymentowo – cenowy.

Należy także podkreślić, że Odwołujący w swoim odwołaniu w ogóle nie wskazał, które z postanowień SIWZ pozostają w kolizji z tak podanymi cenami jednostkowymi.

Izba stwierdziła również, że Przystępujący w swojej ofercie podał essentialia negotii poprzez złożenie na stronie 4 oferty oświadczenia – propozycji całkowitego wykonania zamówienia zgodnie z dołączonym formularzem asortymentowo – cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do oferty oraz wymogami SIWZ za cenę: brutto 1.781.738,99 złotych, słownie brutto: jeden milion siedemset osiemdziesiąt jeden tysięcy siedemset trzydzieści osiem złotych 99/100.

Powyższe oświadczenie w całości odpowiadało treści pkt. II załącznika nr 1 do SIWZ i czyniło zadość postanowieniom rozdziału VI ust.4 pkt.1 SIWZ.

Jednocześnie należy wskazać, że Przystępujący złożył w ramach swojej oferty również żądany przez Zamawiającego formularz asortymentowo – cenowy, który zawierał wszystkie rodzajów posiłków oczekiwanych przez Zamawiającego wraz podaniem ich ilości i cen jednostkowych co było zgodne z załącznikiem nr 1 do SIWZ oraz postanowieniami rozdziału VI ust.4 pkt.2 SIWZ.

W świetle powyższych ustaleń Izby nie może budzić wątpliwości treść oświadczenia woli Przystępującego, który zaoferował wykonanie całości opisanego przedmiotu zamówienia za cenę brutto 1.781.738,99 złotych w ilości podanej przez Zamawiającego, przy czym ceny jednostkowe i wartości trzech pozycji spornych wycenił na poziomie „0” zł.

W kontekście powyższego Izba uznała, że Przystępujący podał cenę rozumieniu w art. 2 pkt 1 Pzp, to jest cenę odpowiadającą definicji ceny z art.3 ust.1 pkt. 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.).

Powyższa cena brutto stanowiła wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący (zamawiający) jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy (wykonawcy) za towar lub usługę (art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach).

W ocenie Izby cena jednostkowa „0” złotych stanowi określoną wartość, która została przez Przystępującego wyrażona w jednostkach pieniężnych tj. w złotych.

Izba doszła również do przekonania, że przedmiotowy formularz asortymentowo – cenowym miał znaczenie jedynie akcesoryjne służące rzetelnemu rozliczeniu wykonania umowy, jednak jego zawartość już w samej formule SIWZ nie była kompletna, bowiem Zamawiający w rozdziale III dotyczącym kompleksowej usługi żywienia w ust.4 zastrzegł, że polegać będzie na sporządzaniu specjalistycznych diet dla dorosłych i dzieci, w tym dzieci chorych na fenylketonurię, zgodnie z indywidualnym zaleceniem lekarza oraz uwzględniania w dietach potraw okolicznościowych z okazji Świąt Bożego Narodzenia, Wielkanocy, Dnia Dziecka, Mikołaja, co oznacza, że i tak wykonawca w myśl postanowień rozdziału XII ust.1 SIWZ był zobowiązany do takiego skalkulowania ceny, aby obejmowała ona wartość przedmiotu zamówienia, szczególnie określonego w SIWZ, a także wszystkie koszty składające się na realizację zamówienia.

Nadto Izba nie podzieliła oceny Odwołującego, że tak opisane przez Przystępującego ceny uniemożliwiają zawarcie skutecznej umowy i jej rozliczenie pomiędzy Przystępującym a Zamawiającym, z tego powodu, że stosownie do § 4 ust.2 załącznika nr 9 do SIWZ projektu umowy podstawą do wystawienia faktury VAT będzie zbiorcze zestawienie faktycznie wydanych posiłków na poszczególne oddziały szpitala.

Z powyższego brzmienia projektu umowy wynika, że zapłata nastąpi jedynie za faktycznie wydane posiłki, a zatem jeżeli cena jednostkowa danego posiłki została ustalona według wartości „0” złotych, to za taki posiłek wynagrodzenie nie będzie się należało.

Nadto Izba nie zgodziła się z poglądem Odwołującego, że postanowienie § 4 ust.1.2 załącznika nr 9 do SIWZ projektu umowy określającego, że szczegółowy cennik poszczególnych posiłków zawiera załącznik nr 1 do umowy przesądza o niemożności zawarcia skutecznej umowy.

Powyższe postanowienie umowne mogłoby mieć znaczenie jedynie w sytuacji, gdyby niemożliwe było określenie cen na podstawie zaoferowanego cennika, jednak podanie niektórych cen jednostkowych o wartości „0” dostatecznie wyczerpuje elementy konieczne do zawarcia ważnej umowy.

Reasumując, Izba uznała, że treść złożonej oferty Przystępującego pozostaje w zgodzie z treścią SIWZ, a zatem Zamawiający nie miał podstawy prawnej do odrzucenia tej oferty.

Jednocześnie Izba zauważa, że na tle podobnych stanów faktyczno – prawnych wypowiedział się Sąd Okręgowy i Krajowa Izba Odwoławcza( vide: wyrok Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 19 grudnia 2008r., sygn. akt VII Ga 147/08, wyrok KIO z dnia 22 kwietnia 2010r., sygn. akt KIO/UZP 496/10, wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2012r., sygn. akt KIO 2725/11).

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

**Przewodniczący: .....**