

WYROK
z dnia 9 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Lubomira Matczuk-Mazuś
Członkowie:	Jolanta Markowska Andrzej Niwicki
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **„SUBIEKT” Sp. z o.o., ul. Lubelska 1, 24-100 Puławy** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Świętokrzyskie Centrum Onkologii Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Artwińskiego 3, 25-734 Kielce** protestu z dnia 10 marca 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Świętokrzyskie Centrum Onkologii Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Artwińskiego 3, 25-734 Kielce

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **„SUBIEKT” Sp. z o.o., ul. Lubelska 1, 24-100 Puławy,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8174 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złotych zero groszy) przez **Świętokrzyskie Centrum Onkologii Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Artwińskiego 3, 25-**

734 Kielce na rzecz „**SUBIEKT**” Sp. z o.o., ul. Lubelska 1, 24-100 Puławy stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego - zwrot wpisu (4574 zł) i wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego (3600,00 zł),

- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**SUBIEKT**” Sp. z o.o., ul. Lubelska 1, 24-100 Puławy.

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655 z późn. zm.), zwanej w skrócie Pzp, Odwołujący „SUBIEKT” Sp. z o.o. z siedzibą w Puławach wniósł protest (pismo z dnia 10.03.2009 r.) i wobec oddalenia protestu przez Zamawiającego – Świętokrzyskie Centrum Onkologii z siedzibą w Kielcach (pismo z dnia 19.03.2009 r.), wniósł odwołanie (pismo z dnia 27.03.2009 r.). Przedmiotem protestu i odwołania jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 i art. 87 ust. 1, a także art. 38 ust. 4, art. 26 ust. 3, art. 82 ust. 3, art. 91 ust. 1 i 2, art. 91 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego i niewłaściwy wybór oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że odrzucając jego ofertę Zamawiający wskazał niezgodność – nie podając czego dotyczy niezgodność, czy treści oferty, czy załącznika do niej i nie wskazując postanowienia SIWZ, z którym treść oferty jest niezgodna. Również Zamawiający nie podał na czym polega niezgodność punktów sprzedaży zawartych w wykazie z postanowieniami SIWZ. Zamawiający nie podał także na czym polega ogólnikowość informacji wskazana w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty (pismo z dnia 5.03.2009 r.). Odwołujący powołał się na pkt XI SIWZ, w którym Zamawiający określił wymóg, że do oceny ofert będą brane placówki handlowe realizacji bonów w województwie świętokrzyskim i żądał przedstawienia takiego wykazu. Przy czym Odwołujący wskazał, że wykaz miał służyć do celów porządkowych i zapewnienia porównywalności ofert – według

stanu najpóźniej na dzień otwarcia ofert. Zamawiający zastrzegł także, iż będzie brał pod uwagę placówki, gdzie jest podany adres w wykazie. Wskazał również, że podstawą oceny ofert w kryterium - ilość placówek, jest zaproponowana przez wykonawcę w formularzu ofertowym liczba placówek w województwie świętokrzyskim. W tym miejscu w formularzu ofertowym nie podaje się innych danych za wyjątkiem ilości placówek. Ponadto Zamawiający w ostatnim zdaniu pkt XI SIWZ zastrzegł, że poprawi inne omyłki polegające na niezgodności oferty SIWZ, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty. W ocenie Odwołującego powyższe świadczy o tym, że Zamawiający mając wątpliwości co do 9 placówek wskazanych w wezwaniu, jakie wystosował do Odwołującego (pismo z dnia 4.03.2009 r.), mógł pominąć te 9 placówek w toku badania i oceny ofert, co nie miałyby żadnego znaczenia dla oceny oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia decyzji o wyborze oferty Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- 2) unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej przy zastosowaniu kryteriów oceny ofert podanych w SIWZ.

Zamawiający oddalił protest w całości i w uzasadnieniu podał, iż ma wynikające z art. 87 ust. 1 Pzp prawo, by w toku badania i oceny ofert żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, w szczególności gdy Zamawiający ma wątpliwości co do treści ofert. Uprawnienie to przysługuje Zamawiającemu wprost ze wskazanego przepisu ustawy, niezależnie od postanowień zawartych w SIWZ. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, aktualny wykaz placówek miał służyć nie tylko dla celów porządkowych, lecz miał również zapewnić porównywalność ofert i winien zawierać, zgodnie z SIWZ, prawdziwe dane. W ocenie Zamawiającego wykaz sporządzony przez Odwołującego nie pokrywał się z rzeczywistym stanem faktycznym, z tych względów, Zamawiający mając prawo weryfikacji wyjaśnień, zażądał wyjaśnień, które okazały się danymi niekompletnymi, nie pozwalającymi stwierdzić ich wiarygodności.

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie dowodów w sprawie, w szczególności oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień złożonych w toku rozprawy przez Odwołującego i Zamawiającego ustaliła, co następuje.

W SIWZ pkt I opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający opisał, iż przedmiotem zamówienia jest: zakup i dostawa bonów towarowych dla Świętokrzyskiego Centrum Onkologii

w Kielcach. W toku rozprawy Zamawiający wyjaśnił, iż zacytowany opis przedmiotu zamówienia wskazuje, że realizacja bonów towarowych powinna się odbywać w takich placówkach handlowych, które oferują bardzo ogólny, a przy tym zróżnicowany asortyment towarowy. Wskazał, iż w jego ocenie wskazanie w wykazie złożonym przez Odwołującego około 100 sklepów branży wędliniarskiej, nie jest w pełni satysfakcjonujące. Potwierdził jednakże, że wymóg zróżnicowanego asortymentu w zakresie placówek handlowych nie wynikał z żadnego postanowienia SIWZ.

W pkt XI SIWZ kryteria oceny ofert, Zamawiający opisał, iż kryterium oceny ofert stanowią: cena – waga 20%, ilość placówek handlowych w województwie świętokrzyskim – waga 40%, okres ważności bonów liczony w miesiącach – waga 40%. Z opisu sposobu dokonywania oceny ofert wynika, że ilość dostępnych placówek handlowych na terenie województwa świętokrzyskiego będzie oceniana na podstawie zaproponowanej przez wykonawcę w formularzu ofertowym liczby placówek w województwie świętokrzyskim, w których będzie możliwa realizacja bonów towarowych, z zastrzeżeniem, że będą brane pod uwagę wyłącznie te placówki, w których wskazano adres. Dla celów porządkowych i porównywalności ofert Zamawiający wskazał, że należy złożyć aktualny wykaz takich placówek, uwzględniając stan najpóźniej na dzień otwarcia ofert. W kryterium oceny okresu ważności bonów towarowych, Zamawiający podał, iż podstawą oceny ofert jest jak najdłuższy okres ważności bonów towarowych (tekst podkreślony poprzez pogrubienie liter). Okres ważności oceniany będzie w odniesieniu do najdłuższego terminu zaproponowanego przez wykonawcę, przy czym termin ma być podany w miesiącach kalendarzowych i okres ważności nie może być krótszy niż 1 rok. W ofercie Odwołującego w formularzu ofertowym wskazano ilość placówek handlowych w województwie świętokrzyskim – 227 i okres ważności bonów liczony w miesiącach – 180 miesięcy. Na stronach 24-27 oferty Odwołujący zamieścił wykaz pt. Placówki Subiekt na terenie woj. świętokrzyskiego. Wykaz został sporządzony w postaci tabeli składającej się z kolumn: lp., nazwa, ulica, miejscowość, branża. We wskazanych 227 pozycjach wykazu wypełniono wszystkie kolumny tabeli.

Zamawiający w toku badania i oceny ofert, jak wyjaśnił w toku rozprawy, dokonywał czynności sprawdzających – poprzez uzyskanie informacji na temat Odwołującego z jego strony internetowej oraz poprzez zasięgnięcie informacji telefonicznych od przedstawicieli placówek handlowych wskazanych w wykazie załączonym do oferty. Zamawiający stwierdził, że czynności tych dokonał z tego powodu, iż firma Odwołującego była nieznana na terenie województwa świętokrzyskiego, jako wykonawca realizujący zamówienie w zakresie dostawy bonów towarowych. Drugi z wykonawców - Sodehxo Pass Polska Sp. z o.o. znany był Zamawiającemu z realizacji poprzednich zamówień.

Na podstawie uzyskanych danych, Zamawiający powziął wątpliwości co do wykazu sporządzonego przez Odwołującego i pismem z dnia 4.03.2009 r., w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie treści złożonej oferty, w terminie do dnia 5.03.2009 r. do godziny 14.00. Pismo zostało nadane do Odwołującego faksem w dniu 4.03.2009 r. o godzinie 15.10. W piśmie wskazano 9 placówek, które powinny być objęte wyjaśnieniami. Zamawiający podał, iż celem uwiarygodnienia danych podanych w wykazie, prosi o przesłanie kserokopii aktualnych umów poświadczonych za zgodność z oryginałem, które zawarte zostały z wymienionymi w piśmie 9 placówkami. Prosił także o przesłanie wzoru bonu.

Odwołujący przesłał w terminie wyciągi z zawartych umów, z których wynika, że umowy zostały zawarte na czas nieokreślony (8 umów, jedna z umów wskazuje 2 placówki handlowe) oraz, że placówki (9) przyjmują od klienta kupony.

Pismem z dnia 5.03.2009 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty – Sodexho Pass Polska Sp. z o.o., w której wykonawca wskazał 1042 placówki i okres ważności bonów liczony w miesiącach - 15 miesięcy. Jednocześnie tym samym pismem, Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niezgodnej z SIWZ w zakresie załącznika do oferty - Wykaz placówek Subiekt na terenie woj. świętokrzyskiego. Złożony wykaz zawiera punkty realizacji bonów niezgodny z informacjami zawartymi w SIWZ, ponadto informacje podane są ogólnikowo. Dostarczone dokumenty są niekompletne i niezgodne z pismem Zamawiającego z dnia 4.03.2009 r. dotyczącym wyjaśnienia treści złożonej oferty.

KIO zważyła, co następuje.

Odwołujący legitymuje się posiadaniem interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż jest drugim spośród wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu (2 oferty).

W przypadku uwzględnienia odwołania i przeprowadzenia przez Zamawiającego ponownego badania i oceny ofert, oferta Odwołującego poddana zostanie tym czynnościom i w wypadku uzyskania przeważającej punktacji w ramach kryteriów oceny ofert, może zostać uznana za najkorzystniejszą.

KIO stwierdziła również, że reprezentujący Zamawiającego zastępca dyrektora ds. ekonomiczno - prawnych - Wiesław R., uprawniony jest do podpisania pism – m.in. odrzucenia oferty Odwołującego oraz rozstrzygnięcia protestu. Uprawnienie to wynika ze statutu Zamawiającego, w którym w § 8 wskazano, iż dyrektor kieruje Centrum przy pomocy min. zastępcy ds. ekonomiczno - prawnych. Zakres czynności osób umocowanych w ten sposób określa dyrektor.

W SIWZ Zamawiający określił przedmiot zamówienia w sposób bardzo zwarty i skondensowany, natomiast przy opisie sposobu oceny ofert, z zastosowaniem przyjętych kryteriów oceny wskazał, że wykonawcy mają złożyć wraz z ofertą wykaz placówek, nie określając ani wzoru ani żadnych innych wymogów dotyczących sporządzenia wykazu. Wykaz jedynie miał wskazywać poza nazwą placówek ich adresy, a placówki miały być aktualne najpóźniej na dzień otwarcia ofert. Z opisu zawartego w tej części SIWZ, wynika również, że w wykazie miała być wskazana liczba placówek, w których będzie możliwa realizacja bonów towarowych. W kryterium oceny ofert - najdłuższy okres ważności bonów towarowych, Zamawiający wskazał wyłącznie dolną granicę określając, iż okres ważności nie może być krótszy niż 1 rok. Natomiast podkreślił, że podstawą oceny jest **jak najdłuższy okres ważności bonów towarowych** i wykonawca otrzyma maksymalną ilość punktów - 40 w odniesieniu do najdłuższego zaproponowanego terminu.

Z ustawy Pzp wynika, że Zamawiający ma prawo w toku badania i oceny ofert zwrócić się do wykonawców na podstawie art. 87 ust. 1 o przedstawienie wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

KIO stwierdziła, że treść pisma Zamawiającego z dnia 4.03.2009 r. będącego żądaniem od Odwołującego złożenia wyjaśnień, nie spełnia wymogu, jaki wynika z treści art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający bowiem prosząc o wyjaśnienia treści oferty, zażądał przesłania kserokopii aktualnych umów poświadczonych za zgodność z oryginałem, zawartych z 9 wymienionymi w piśmie placówkami, nie określając, jakim celom mają służyć przesłane kserokopie umów. Nie wskazał w szczególności czy chodzi o okres zawartych umów wobec zaoferowanego przez Odwołującego 180 miesięcznego okresu ważności bonów, czy chodzi o potwierdzenie, iż w tych placówkach możliwa będzie realizacja bonów towarowych, czy w końcu chodzi o wskazanie asortymentu towarów oferowanych przez te placówki, co okazało się istotne w świetle wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego w toku rozprawy. Zamawiający przesłał kserokopie żądanych umów, w istocie niekompletnych, bowiem przesłano wypisy umów, ale z umów tych wynika, że w 8 przypadkach zawarto je na czas nieokreślony, a także, że placówki realizują bony towarowe.

Niezasadne zatem jest stanowisko Zamawiającego, wyrażone w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, o niezgodności wykazu z informacjami zawartymi w SIWZ oraz o zbyt ogólnikowym charakterze dotyczącym wykazu. Może budzić wątpliwość realność 180 miesięcznego okresu ważności bonów, wskazanego w ofercie Odwołującego, jednakże okresy takie podawane są w ofertach w sposób bardzo rozbieżny, w szczególności, jak podał to Odwołujący, w ofercie firmy konkurencyjnej Sodexho Pass Polska Sp. z o.o., w jednym z postępowań zaoferowano okres 99 lat.

Wskazanie przez Odwołującego 180 miesięcznego okresu ważności bonów, jest jak najbardziej uzasadnione interesem Odwołującego i, zdaniem KIO, ma pełne uzasadnienie w treści SIWZ. Zamawiający bowiem zamieszczając omówiony wyżej opis w SIWZ, zachęcił wykonawców do wskazania **jak najdłuższego okresu ważności bonów towarowych**. Poprzez wskazanie przez Odwołującego okresu ważności bonów, oferta Odwołującego, jak wynika z jego obliczeń, uzyskałaby wyższą punktację nad ofertą Sodexho Pass Polska Sp. z o.o., mimo iż Odwołujący podał 227 placówek handlowych, a firma konkurencyjna 1042 placówki handlowe.

KIO stwierdziła, że Zamawiający jak najbardziej, w przypadku oceny ofert, w tym oferty Odwołującego, miał prawo wystąpić o złożenie wyjaśnień przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający, jak potwierdził w toku rozprawy, dokonał czynności w pewnym sensie w wyniku intuicji, uzyskując informacje poprzez m.in. przeprowadzenie rozmów telefonicznych, do czego nie był uprawniony w świetle obowiązującej zasady pisemności postępowania. Z powyższego wynika, że ocena oferty Odwołującego nie odbyła się w sposób określony w SIWZ, ja również w sposób wynikający z zasad określonych w Pzp.

KIO nie kwestionując dalszego uprawnienia Zamawiającego do ponownego żądania wyjaśnień dotyczących treści oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie i nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, mając na względzie przepis art. 191 ust. 1a Pzp, iż naruszenie przepisów ustawy przez Zamawiającego miało wpływ na wynik postępowania.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający ma prawo i powinien uzyskać wszelkie niezbędne wyjaśnienia dotyczące badanej oferty. Jednakże wezwanie do złożenia wyjaśnień powinno w sposób precyzyjny określać jakich wyjaśnień oczekuje Zamawiający i jaką wątpliwość wobec oferty, mają rozwiać złożone wyjaśnienia.

Mając powyższe na uwadze KIO, na podstawie art. 191 ust. 1, ust. 1a i ust. 2 pkt 1 Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, z uwzględnieniem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3600 zł, wynikającej z rachunku przedłożonego do akt sprawy – § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*