

Sygn. akt KIO/UZP 468 /09

WYROK
z dnia 27 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Sylwester Kuchnio

Izabela Kuciak

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 kwietnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **GASTROPOL GROUP Sp. z o.o., 02-097 Warszawa, ul. Banacha 1a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centrum Rehabilitacji im. prof. Mariana Weissa „STOCER” Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, 05-510 Konstancin Jeziorna, ul. Wierzejewskiego 12** protestu z dnia **26 marca 2009 r.**

przy udziale wykonawcy **XXX** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale **Impel Catering Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **GASTROPOL GROUP Sp. z o.o., 02-097 Warszawa, ul. Banacha 1a** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **GASTROPOL GROUP Sp. z o.o., 02-097 Warszawa, ul. Banacha 1a,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **GASTROPOL GROUP Sp. z o. o., 02-097 Warszawa, ul. Banacha 1a** na rzecz **Centrum Rehabilitacji im. prof. Mariana Weissa „STOCER” Samodzielny Publiczny ZOZ, 05-510 Konstancin Jeziorna ul. Wierzejewskiego 12** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia cztery złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **GASTROPOL GROUP Sp. z o.o., 02-097 Warszawa, ul. Banacha 1a.**

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

Centrum Rehabilitacji im. prof. M. Weissa „STOCER” Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Wierzejewskiego 12, 05-510 Konstancin-Jeziorna wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usługi żywienia chorych (catering)”. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 17.01.2009 r. Pozycja nr 2009/S 11-0150555. Postępowanie było prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101), zwanej dalej w skrócie „Pzp”.

17.03.2009 r. (pismo z dnia 16.03.2009 r.) zamawiający rozstrzygnął postępowanie.

26.03.2009 r. wykonawca Gastropol Group Sp. z o.o., ul. Banacha 1A, 02-097 Warszawa

wniósł protest na:

- 1) zaniechanie wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty KSM Polska Sp. z o.o.;
- 2) zaniechanie wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty Impel Catering Sp. z o.o.;
- 3) zaniechanie wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty Dussmann Sp. z o.o.;
- 4) zaniechanie wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty Sodexo Polska Sp. z o.o.;
- 5) ocenę ofert niezgodnie ze sposobem określonym w specyfikacji;
- 6) wybór oferty wykonawcy, który winien być wykluczony z postępowania i którego oferta powinna być odrzucona.

Protestujący zarzucił powyższym czynnościom naruszenie

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji;
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór najkorzystniejszej oferty niezgodnie z kryteriami oceny ofert opisanymi w specyfikacji;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KSM, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KSM, której treść nie odpowiada treści specyfikacji;
- 5) art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy KSM;
- 6) art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Impel Catering;
- 7) art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy P. Dussmann;
- 8) art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sodexo.

Protestujący wnosi o uwzględnienie protestu oraz:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty KSM;
- 2) dokonanie ponownego badania ofert i oceny ofert i:
 - a) wykluczenie wykonawcy KSM i uznanie jego oferty za odrzuconą,
 - b) odrzucenia oferty KSM,
 - c) wykluczenie wykonawcy Impel i uznanie jego oferty za odrzuconą,
 - d) wykluczenie wykonawcy Dussmann i uznanie jego oferty za odrzuconą,
 - e) odrzucenie oferty Sodexo i uznanie jego oferty za odrzuconą,
 - f) zastosowanie sposobu oceny ofert wskazanego w specyfikacji;
- 3) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, z pominięciem ofert odrzuconych.

Uzasadnienie

Wykonawca KSM Polska Sp. z o.o. (dalej „KSM”) nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V pkt 3 (str. 2) specyfikacji – za spełnienie ww. warunku zamawiający uzna posiadanie przez wykonawcę środków finansowych lub zdolności kredytowej o wartości równej lub wyższej niż 1 300 000,00 PLN.

Wykonawca KSM złożył na str. 29 swojej oferty opinię bankową, która w żaden sposób nie potwierdza spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu. W treści opinii brak jest informacji o wysokości posiadanych środków, nie ma również informacji o jakiegokolwiek zdolności kredytowej.

Treść oferty wykonawcy KSM nie odpowiada treści specyfikacji. W rozdziale VI pkt 18 Załącznika nr 1 do specyfikacji (str. 18) zamawiający postawił wymóg, aby wartość wsadu do kotła wynosiła co najmniej 7 zł netto. Ponadto zamawiający w rozdziale VI pkt B 3 Załącznika nr 1 do specyfikacji (str. 16) określił, że śniadania będą składały się co najmniej z następujących potraw:

- zupa mleczna (co najmniej pięć razy w tygodniu),
- gorący napój (herbata, kawa zbożowa, kakao),
- pieczywo,
- dodatek tłuszczowy (o zawartości min 30% tłuszczu z mleka),
- dodatek nabiałowy,
- dodatek białka zwierzęcego,
- dodatek warzywny lub owocowy (świeży lub konserwowy),

a kolacje będą składały się co najmniej z następujących potraw:

- gorący napój,
- pieczywo,
- dodatek tłuszczowy (o zawartości min. 30% tłuszczu z mleka),
- dodatek nabiałowy lub dodatek białka zwierzęcego,
- dodatek warzywny (świeży lub konserwowy).

Wykonawca KSM w swojej ofercie zaproponował dostarczenie drugiej kolacji w cenie 0,20 zł (strona 5 oferty KSM). Oznacza to, że wykonawca ten wycenia koszt przygotowania i dostarczenia drugiej kolacji na kwotę maksymalnie 20 groszy. Koszt zakupu surowców niezbędnych do przygotowania posiłku może być zatem wyższy niż zaproponowana cena. Ponieważ zgodnie z treścią specyfikacji składniki pierwszej i drugiej kolacji niczym się nie różnią – uznać należy, że również wartość wsadu do kotła dla pierwszej kolacji nie przekracza 20 groszy. Nie można uznać, że na potrzeby pierwszej kolacji zamawiający

dokonuje zakupu produktów 10-krotnie droższych niż na potrzeby drugiej kolacji. Podobne wyliczenie musi mieć zastosowanie również do pierwszego i drugiego śniadania. Jeśli więc wykonawca KSM zakłada, że koszt wsadu do kotła przy drugim śniadaniu jest mniejszy niż 40 groszy to również założyć należy taką samą wartość wsadu dla pierwszego śniadania. W ten sposób wartość dziennego wsadu do kotła w ofercie wykonawcy KSM wynosi nie więcej niż: I śniadanie – 0,40 zł, II śniadanie – 0,40 zł, obiad – 5,20 zł, podwieczorek – 0,28 zł, I kolacja – 0,20 zł, II kolacja – 0,20 zł. Razem 6,68 zł netto.

Protestujący dokonał wszystkie te wyliczenia przy założeniu, że w cenie oferty wykonawcy KSM nie uwzględniono wynagrodzeń pracowników, kosztów mediów, amortyzacji sprzętu (samochodu i urządzeń kuchennych), paliwa, zmywania termosów, wynajmu kuchni i jakiegokolwiek zysku.

Zdaniem protestującego zamawiający powinien wezwać wykonawcę KSM do wyjaśnienia treści oferty w zakresie cen II śniadania i II kolacji. Przedmiotem ustalenia winno być określenie, w jaki sposób wykonawca zamierza zapewnić przygotowanie i dowóz II śniadania składającego się z:

- zupy mlecznej (co najmniej pięć razy w tygodniu),
- gorącego napoju (herbata, kawa zbożowa, kakao),
- pieczywa,
- dodatku tłuszczowego (o zawartości min 30% tłuszczu z mleka),
- dodatku nabiałowego,
- dodatku białka zwierzęcego,
- dodatku warzywnego lub owocowego (świeżego lub konserwowego)

w cenie 40 groszy netto oraz II kolacji, składającej się z:

- gorącego napoju,
- pieczywa,
- dodatku tłuszczowego (o zawartości min 30% tłuszczu z mleka),
- dodatku nabiałowego lub dodatku białka zwierzęcego,
- dodatku warzywnego (świeżego lub konserwowego)

w cenie 20 groszy netto.

Ze względu na całkowitą nierealność cen II śniadania i II kolacji, protestujący stwierdza, że należy przyjąć, iż wykonawca KSM zaoferował sprzedaż usługi poniżej kosztów jej wytworzenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców i utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Działanie takie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 47 poz. 211 ze zmianami). Złożenie zaś w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji skutkować powinno jej bezwzględnym odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Treść oferty wykonawcy KSM nie odpowiada treści specyfikacji. Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą licznych dokumentów, w tym np. oświadczenia wykonawcy o zapoznaniu się z treścią specyfikacji i przyjęciu bez zastrzeżeń jej warunków i postanowień łącznie ze wzorem umowy. W treści oferty wykonawcy KSM znalazło się oświadczenie stosownej treści podpisane przez osobę nieuprawnioną (str. 68 oferty). Oświadczenie to zostało złożone w dniu 7 lutego 2009 roku przez Pana Leszka Bernarda M., który w tym czasie nie był uprawniony do składania oświadczeń w imieniu wykonawcy KSM. Pełnomocnictwo do reprezentowania firmy zostało mu udzielone dopiero w dniu 4 marca 2009 roku (str. 3 oferty). Wspomniane oświadczenie nie stanowi dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zamawiający nie postawił bowiem żadnego warunku, który miał być potwierdzony tym oświadczeniem. Dokument ten nie jest również składany na potwierdzenie, że oferowane usługi spełniają wymagania określone przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp). W związku z tym nie ma możliwości uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Z analogicznych przyczyn nieskuteczne są również oświadczenia złożone przez wykonawcę na str. 10, 21, 31, 53 oferty wykonawcy KSM.

Wykonawca Impel nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 3 specyfikacji (str. 2). Zarzut ten został zaakceptowany przez zamawiającego i nie został podtrzymany w odwołaniu.

Wykonawca Dussmann nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 3 specyfikacji (str. 2). Zarzut ten został zaakceptowany przez zamawiającego i nie został podtrzymany w odwołaniu.

Oferta wykonawcy Sodexo jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp. Pełnomocnictwa do złożenia oferty zostały przedstawione w formie kserokopii poświadczonych przez pełnomocnika (strona 4 oferty Sodexo), podczas gdy powinny, być zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego, złożone w formie oryginału lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez notariusza. Potwierdza to powszechnie przyjęta linia orzecznicza (wyrok SO w Warszawie z dnia 31 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 85/07, wyrok SO w Krakowie z dnia 12 kwietnia 2007 r., sygn. akt II Ca 137/07), zgodnie z którą wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni dołączyć do oferty oryginał pełnomocnictwa lub kopię poświadczoną notarialnie, nawet wówczas, gdy zamawiający nie wprowadził wprost do postanowień specyfikacji takiego wymogu. Niemniej jednak należy podkreślić, iż zamawiający w treści Rozdziału IX

pkt 1 specyfikacji (str. 4) jednoznacznie wskazał, że pełnomocnictwo musi być złożone w formie oryginału lub notarialnie potwierdzonej kopii.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp protestujący podkreśla, że jedynym kryterium oceny ofert była cena. Zamawiający w rozdziale XI specyfikacji (strona 7) przedstawił sposób, w jaki porównywać będzie poszczególne oferty. Do obliczenia ilości punktów przyznawanych kolejnym ofertom zobowiązał się stosować wzór:

Ocena oferty =

= Wartość brutto oferty najtańszej / wartość brutto oferty ocenianej x 100 x 100%

Wartością brutto każdej z ofert jest bez wątpienia kwota obejmująca podatek od towarów i usług, jaką zamawiający zobowiązany będzie zapłacić za realizację całego zamówienia. Tę interpretację potwierdził sam zamawiający w treści rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, informując, że wartość brutto oferty wykonawcy KSM wynosi 3 599 308,80 PLN (strona 1 pisma z 16.03.2009 r.). Również ustawa z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97 poz. 1050 ze zmianami), którą wobec braku definicji legalnej pojęcia ceny w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych należy stosować w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, nie pozostawia wątpliwości w tym zakresie. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 powołanej ustawy przez cenę rozumieć należy wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, która kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy. Bez wątpienia usługą jest żywienie chorych w okresie 36 miesięcy przez 7 dni w tygodniu (*vide* Załącznik nr 1 do specyfikacji). Ceny (wartości brutto ofert) za tę usługę w ofertach poszczególnych wykonawców kształtowały się odpowiednio:

- 3 599 308,80 zł – wykonawca KSM,
- 3 885 777,23 zł – wykonawca Impel,
- 3 965 449,45 zł – wykonawca Gastropol Group,
- 4 066 504,24 zł – wykonawca Sodexo,
- 4 147 641,00 zł – wykonawca Dussmann.

Skoro zatem zamawiający określił przedmiot postępowania jako usługę żywienia chorych w okresie 36 miesięcy i zażądał podania w formularzu ofertowym cen brutto za realizację tej usługi oraz podał w specyfikacji wzór, zgodnie z którym miała być dokonywana ocena ofert, to wybór oferty najkorzystniejszej musi się opierać wyłącznie na kryteriach i sposobie oceny podanych w specyfikacji. Wobec powyższego „Streszczenie punktacji ofert” przedstawione w rozstrzygnięciu postępowania winno przedstawiać się następująco:

- 100 pkt KSM,
- 93 pkt Impel,

91 pkt Gastropol Group,
89 pkt Sodexo,
87 pkt Dussmann.

Punktacja przedstawiona przez zamawiającego została dokonana w oparciu o kryterium inne niż cena brutto oferty i z zastosowaniem innego wzoru. Skutkiem tego było sklasyfikowanie oferty protestującego na piątym (ostatnim) miejscu, pomimo że oferta ta przewiduje realizację zamówienia za cenę niższą niż dwie inne oferty (Sodexo i Dussmann).

Zupełnie niezrozumiałym jest, z jakich przyczyn zamawiający usiłuje wykazać, że oferty, które przewidują wykonanie zamówienia odpowiednio o 101.054,79 zł i 182.191,55 zł drożej są dla zamawiającego korzystniejsze niż oferta protestującego.

26.03.2009 r. zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

30.03.2009 r. wykonawca IMPEL CATERING, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

31.03.2009 r. zamawiający uznał za zasadny protest w częściach dotyczących zastrzeżeń w stosunku do braku odpowiednich dokumentów z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej.

Ponadto zamawiający uznał za zasadny protest w częściach dotyczących zastrzeżeń w stosunku do braku w ofercie Impel zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego.

W pozostałych częściach zamawiający oddalił protest.

Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i dokona, zgodnie z art. 183 ust. 5 Pzp, powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

10.04.2009 r. wykonawca Gastropol Group Sp. z o.o., ul. Banacha 1A, 02-097 Warszawa wniósł odwołanie.

Odwołujący podtrzymał zarzuty wskazane w proteście:

- 1) zaniechanie wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty wykonawcy KSM;
- 2) zaniechanie wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty wykonawcy Dussmann;
- 3) zaniechanie wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty wykonawcy Sodexo;
- 4) ocenę ofert niezgodnie ze sposobem określonym w specyfikacji.

Protestujący zarzucił powyższym czynnościom naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji;
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór najkorzystniejszej oferty niezgodnie z kryteriami oceny ofert opisanymi w specyfikacji;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KSM, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KSM, której treść nie odpowiada treści specyfikacji;
- 5) art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy KSM;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sodexo.

Protestujący wnosi o uwzględnienie protestu oraz:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty KSM;
- 2) dokonanie ponownego badania ofert i oceny ofert i:
 - a) odrzucenia oferty KSM,
 - b) wykluczenie wykonawcy Dussmann i uznanie jego oferty za odrzuconą,
 - c) odrzucenie oferty Sodexo;
- 3) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, z pominięciem ofert odrzuconych z zastosowaniem sposobu (wzoru) porównania ofert określonego w specyfikacji.

17.04.2009 r. wykonawca Impel zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

21.04.2009 r. zamawiający wystosował odpowiedź na odwołanie.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako oczywiście niezasadzonego i o zasądzenie od odwołującego kosztów postępowania wg norm przypisanych.

1. W granicach zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez zastosowanie innego niż przewidziany w specyfikacji sposobu ocen ofert – zamawiający stwierdza, że zastosował kryterium 100% – cena osobodnia, zgodnie z rozdz. XI (str. 7) specyfikacji.

2. W granicach zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp ze względu na nieodrzuconie oferty wykonawcy Sodexo, który nie udzielił właściwego pełnomocnictwa – zamawiający stwierdza, że na drugiej stronie pełnomocnictwa załączonego do oferty znajduje się poświadczenie treści pełnomocnictwa przez notariusza.

3. W granicach zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp ze względu na nieodrzuconie oferty wykonawcy KSM, mimo popełnienia przez tego wykonawcę czynu nieuczciwej

konkurencji w wyniku złożenia oferty – zamawiający stwierdza, że odwołujący nie wykazał, że wykonawca KSM popełnił czyn nieuczciwej konkurencji, a także sam zamawiający nie może znaleźć takich przesłanek. W związku z zarzutem określonym w ust. 3 zamawiający zauważa, że wykonawcy KSM nie można nawet zarzucić rażąco niskiej ceny i nawet odwołujący nie postawił takiego zarzutu.

4. W granicach zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ze względu na nieodrzućenie oferty wykonawcy KSM, mimo sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji ze względu na podpisanie niektórych dokumentów oferty przez osobę nieuprawnioną – zamawiający stwierdza, że na podstawie art. 183 ust. 5 Pzp, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp wezwał wykonawcę do uzupełnienia oferty i następnie, dokonał ponownej oceny ofert z uwzględnieniem uzupełnionych dokumentów (pełnomocnictwa).

Krajowa Izba Odwoławcza wzięła pod uwagę dowody z oryginalnej dokumentacji postępowania, wyjaśnień odwołującego popartych wydrukiem komputerowym w zakresie symulacji teoretycznej sytuacji zastosowania stawek przez nieuczciwego wykonawcę oraz wyjaśnień zamawiającego.

W wyniku przeprowadzonego postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby uznał, że odwołanie podlega oddaleniu.

W zakresie zarzutu pierwszego – zaniechania wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty wykonawcy KSM – skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej oddala zarzut stwierdzając, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu w proteście i następnie podtrzymuje w odwołaniu naruszenie art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy KSM. Odwołujący stwierdza, że w treści oferty wykonawcy KSM znalazło się oświadczenie złożone w dniu 7 lutego 2009 roku podpisane przez Pana Leszka Bernarda M. (str. 68 oferty). W momencie składania oświadczenia Pan Leszek Bernard M. nie był uprawniony do składania oświadczeń w imieniu wykonawcy KSM. Pełnomocnictwo do reprezentowania firmy zostało udzielone Panu Leszkowi Bernardowi M. dopiero w dniu 4 marca 2009 roku (str. 3 oferty). Odwołujący stwierdza, że z analogicznych przyczyn nieskuteczne są również oświadczenia złożone przez wykonawcę zawarte w ofercie wykonawcy KSM na str. 10, 21,

31, 53. Skład orzekający Izby zauważa, że od wejścia w życie znowelizowanego przepisu art. 26 ust. 3 Pzp (24 października 2008 r.) zamawiający wzywa wykonawców, którzy w ofercie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego pełnomocnictw lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Wobec unieważnienia przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i zamiaru dokonania, zgodnie z art. 183 ust. 5 Pzp, powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, zamawiający będzie mógł wziąć pod uwagę inne okoliczności sporządzenia oferty. Dlatego zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy KSM podlega oddaleniu.

Ponadto odwołujący zarzuca, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy KSM, czym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zmianami). Odwołujący zarzuca wykonawcy KSM zaniżenie cen śniadań i kolacji przytaczając, że wykonawca KSM zaoferował cenę netto za drugie śniadanie w wysokości 40 gr, a 1 litr mleka kosztuje ponad 2 zł, gdy zupa mleczna jest w zasadzie obowiązkowym codziennym składnikiem śniadania. W związku z tym wykonawca KSM oferuje kwestionowaną cenę poniżej kosztów nabycia surowca do sporządzenia tego posiłku. Skład orzekający Izby stwierdza, że przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji definiuje czyn nieuczciwej konkurencji jako utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia poniżej kosztów zakupu, jednak celem takiego działania musi być eliminacja innych przedsiębiorców. I tego celu wykonawcy KSM odwołujący nie wykazał, szczególnie, że kwestionowane zastosowanie niższej ceny dotyczy tylko niektórych elementów oferty. Wobec tego skład orzekający Izby nie może podzielić stanowiska odwołującego i stwierdza, że zarzut w tym zakresie podlega oddaleniu.

Również odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KSM, mimo że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji. Na potwierdzenie swojego zarzutu odwołujący przytacza, że zamawiający zaoferował – zdaniem odwołującego – zbyt niską cenę na niektóre posiłki oraz podpisanie oświadczeń na stronach 10, 21, 31, 53 i 68 oferty przez osobę, która w terminie podpisywania tych oświadczeń nie miała pełnomocnictwa do reprezentowania wykonawcy KSM.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdza, że także zarzut odwołującego w tym zakresie podlega oddaleniu. Przytoczone fakty – zbyt niskiej ceny na niektóre posiłki oraz podpisanie oświadczeń na stronach 10, 21, 31, 53 i 68 oferty przez osobę, która w terminie podpisywania tych oświadczeń nie miała pełnomocnictwa do reprezentowania wykonawcy KSM – nie uzasadniają zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, że zamawiający nie odrzucił oferty wykonawcy KSM mimo, że treść tej oferty nie odpowiada

treści specyfikacji. Skład orzekający Izby stwierdza, że nie można traktować zaoferowania przez wykonawcę niższej ceny na niektóre elementy przedmiotu zamówienia, niż koszt nabycia składników na wytworzenie tego przedmiotu, jak próbuje to uzasadnić odwołujący. Wprost przeciwnie – wykonawca zaoferował właściwy przedmiot zamówienia zgodny ze specyfikacją, czemu nie przeczy odwołujący. Wobec tego nie można zarzucić ofercie wykonawcy KSM, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji. Również drugi argument odwołującego na poparcie tezy, że treść oferty wykonawcy KSM nie odpowiada treści specyfikacji, gdyż w ofercie tej zostały zawarte oświadczenia wykonawcy podpisane przez osobę, która w terminie podpisywania tych oświadczeń nie miała pełnomocnictwa do reprezentowania wykonawcy, nie może zostać uwzględniony przez skład orzekający Izby, gdyż – jak to wskazano wyżej – zamawiający, w reakcji na protest, ponowił czynność badania ofert, a w trakcie jej dokonywania zamawiający może zwrócić się m.in. do tego wykonawcy o uzupełnienie w odpowiednim zakresie oferty, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. Odwołujący – posługując się treścią przepisów, które utraciły moc prawną – nie wykazał, że oferta wykonawcy KSM nie może zostać uzupełniona przez działania zamawiającego i wykonawcy KSM. Wobec powyższego skład orzekający Izby stwierdza, że nie można zarzucić zamawiającemu, iż zaniechał odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji, czym miałby uchybić art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i w związku z tym zarzut odwołujący w tym zakresie podlega oddaleniu.

Skład orzekający Izby stwierdza, że drugi zarzut – zaniechania wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty wykonawcy Dussmann – podlega oddaleniu, gdyż 31.03.2009 r. zamawiający uznał za zasadny protest w części dotyczącej zastrzeżeń w stosunku do braku odpowiednich dokumentów z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej w ofercie wykonawcy Dussmann. Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie wskazał w odwołaniu ani podczas rozprawy, że zamawiający powinien wykluczyć niezwłocznie tego wykonawcę z postępowania, wobec tego działania zamawiającego zmierzające do ponownej oceny oferty wykonawcy Dussmann, w tym również z zastosowaniem art. 26 ust. 3 Pzp, nie są niewłaściwe i w związku z wyżej przytoczonym przyczynami zarzut podlega oddaleniu.

W zakresie zarzutu trzeciego – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty wykonawcy Sodexo, mimo iż – zdaniem odwołującego – w ofercie tej nie ma oryginału pełnomocnictwa lub notarialnie poświadczonej kopii pełnomocnictwa do reprezentowania tego wykonawcy, skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut ten podlega oddaleniu.

Skład orzekający Izby stwierdza, że oferta nie wykazuje, aby po terminie złożenia ofert były z ofertą wykonywane czynności niedopuszczalne na podstawie art. 87 ust. 1 zdanie 2

Pzp. Zamawiający w oddaleniu protestu pominął kwestę ustosunkowania się do zarzutu braku właściwego pełnomocnictwa zawartego w ofercie wykonawcy Sodexo. Jednak zamawiający nie jest obowiązany do ustosunkowywania się do całego protestu ani do wszystkich jego części i w takim przypadku – zgodnie z art. 183 ust. 3 Pzp – cały protest należy uznać za oddalony albo tylko ominięte części należy uznać za oddalone, jak to ma miejsce w rozpatrywanej sprawie.

Takie działanie zamawiającego – zaniechanie oddalenia na piśmie protestu z umotywowaniem podjętego rozstrzygnięcia – może narazić odwołującego na zbędne koszty Pzwiązane z odwołaniem. Jednak potencjalny odwołujący może jeszcze raz zażądać wglądu do dokumentów, aby bezpodstawnie nie wnosić odwołania. Odwołujący nie ponowił oglądu dokumentów, którymi dysponuje zamawiający. W trakcie takiego oglądu, odwołujący ukierunkowany tylko na wybrane fragmenty dokumentacji mógłby zapoznać się np. z kwestią naruszenia oferty czy z drugą stroną kwestionowanego dokumentu, czego ze względu na brak czasu nie uczynił podczas pierwszego zapoznawania się z dokumentacją postępowania. Ze względu na tak rozpoznany stan faktyczny skład orzekający Izby stwierdza, że przytoczone przez odwołującego wyroki nie mogą być wzięte pod uwagę, gdyż opisywany w nich stan faktyczny nie jest adekwatny do stanu faktycznego rozpatrywanej sprawy. Wobec powyższego zarzut braku załączenia do oferty wykonawcy Sodexo właściwego pełnomocnictwa nie może być przez skład orzekający Izby uznany za zasadny i zarzut ten podlega oddaleniu.

Odnosnie zarzutu czwartego – dokonania oceny ofert niezgodnie ze sposobem określonym w specyfikacji, czyli naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp – skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut podlega oddaleniu.

Zamawiający zastosował jedyne kryterium wyboru ofert – cena osobodnia, zgodnie z rozdz. XI (str. 7) specyfikacji. W dalszej części tego punktu zamawiający przedstawił równanie, jak będzie porównywał oferty. Nigdzie zamawiający nie wskazał, że odstąpi od tego kryterium. Zamawiający określił jak będzie dokonywać oceny ofert wg jedyne kryterium „Cena osobodnia” w rozdz. XI na str. 8 specyfikacji, cyt.:

„Ocena punktowa kryterium cena osobodnia będzie obliczana wg następującej formuły:

$$\text{Ocena oferty } X = \frac{\text{Wartość brutto oferty najtańszej}}{\text{Wartość brutto oferty ocenianej}} \times 100 \times 100\%$$

Zamawiający użył innych nazw do określenia kryterium (cena osobodnia) i do zastosowania we wzorze (Wartość brutto oferty...). Jednak zamawiający w pkt I „Formularza ofertowego” stanowiącym załącznik nr 2 do specyfikacji wymagał właśnie wpisania koniecznych danych do przeprowadzenia obliczeń, zgodnie z wyżej zacytowanym wzorem. Punkt ten brzmi, cyt.:

„Cena 1 osobodniazł netto,zł brutto”. Dlatego zamawiający mając właściwe dane musi zastosować się do najbardziej oczywistej i jedynej interpretacji specyfikacji i ocenić oferty na podstawie danych zawartych w najistotniejszych punktach oferty. Dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nigdzie we wzorze formularza oferty nie użył wyrażenia zawartego w zacytowanym wzorze arytmetycznym, cyt. „Wartość brutto oferty...”, dlatego byłoby niedopuszczalne podstawianie do wzoru w trakcie oceny ofert innych wartości niż wartości określone w pkt I „Formularza ofertowego” i wstawiać wartości o innych nazwach pochodzących z pomocniczych obliczeń.

Również skład orzekający Izby podkreśla, że wykonawcy mając wątpliwości co do zaprezentowanego przez zamawiającego sposobu oceny ofert mogli zwrócić się o udzielenie wyjaśnień przed upływem terminu składania ofert, zgodnie z art. 38 ust. 1 Pzp.

Przedstawione podczas rozprawy symulacje obrazują, że w ekstremalnych sytuacjach zaproponowany przez zamawiającego sposób oceny ofert może doprowadzić do wyboru najkorzystniejszej oferty nie będącej w rzeczywistości ofertą najtańszą podczas całego okresu świadczenia usługi. Jednak skład orzekający Izby stwierdza, iż dokument ten, jako złożony po upływie terminu składania ofert nie może być wzięty pod uwagę podczas oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego.

W związku z powyższymi argumentami i uwarunkowaniami prawnymi skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór najkorzystniejszej oferty niezgodnie z kryteriami oceny ofert opisanymi w rozdz. XI specyfikacji jest bezpodstawny i jako taki podlega oddaleniu.

Ponadto odwołujący zarzucił, że zamawiający naruszył zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Zasada ta jest wyrażona w art. 7 ust. 1 Pzp. Jednak odwołujący nie dowiódł, że zamawiający uchybił tej zasadzie i przepisowi art. 7 ust. 1 Pzp. Wobec tego zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp podlega oddaleniu.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdza naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 8 oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. Za uzasadnione koszty odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika przyznano kwotę 3 600 zł stosownie do § 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 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

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 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....