

Sygn. akt: KIO 157/12

WYROK

z dnia 8 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 26 stycznia 2012 r. przez **P. Dussman Sp. z o.o., ul. Kurpińskiego 55 A, 02-733 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wyszkowie, ul. KEN 1, 07-200 Wyszków**

przy udziale wykonawcy **Vendi Servis Sp. z o.o., ul. Sowizdrzała 3, 03-610 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego.

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża P. Dussman Sp. z o.o., ul. Kurpińskiego 55 A, 02-733 Warszawa i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez P. Dussman Sp. z o.o., ul. Kurpińskiego 55 A, 02-733 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. Nr 119, 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 **Ostrołęce**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wyszakowie, ul. KEN 1, 07-200 Wyszaków prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Świadczenie usług w zakresie żywienia pacjentów w SPZZOZ w Wyszakowie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 7 listopada 2011 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 listopada 2011 r. pod numerem 2011/S 216-352366.

P. Dussman Sp. z o.o., ul. Kurpińskiego 55 A, 02-733 Warszawa (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 26 stycznia 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy Vendi Servis Sp. z o.o., ul. Sowizdrzała 3, 03-610 Warszawa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp,
- art. 26 ust. 3 ustawy,
- art. 87 ust. 1 i 2 pkt 2 ustawy Pzp,
- art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 6 ustawy Pzp
- art. 91 ustawy Pzp i innych przepisów przywołanych w uzasadnieniu odwołania.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania czynności odrzucenia oferty Vendi;
3. powtórzeniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 16 stycznia 2012 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy Vendi Servis Sp. z o.o., ul. Sowizdrzała 3, 03-610 Warszawa.

Powyższe czynności Zamawiającego stały się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę P. Dussman Sp. z o.o., ul. Kurpińskiego 55 A, 02-733 Warszawa.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Vendi Servis Sp. z o.o., ul. Sowizdrzała 3, 03-610 Warszawa.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy - Vendi Servis Sp. z o.o., ul. Sowizdrzała 3, 03-610 Warszawa - jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 26 stycznia 2012 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 30 stycznia 2012 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Vendi Servis Sp. z o.o., ul. Sowizdrzała 3, 03-610 Warszawa (zwany dalej: „Przystępującym”).

Na podstawie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż przystąpienie wykonawcy Vendi Servis Sp. z o.o., ul. Sowizdrzała 3, 03-610 Warszawa (dalej zwany: „Przystępującym”), po stronie Zamawiającego jest skuteczne, gdyż zgłosił on przystąpienie w dniu 30 stycznia 2012 r. (data wpływu pisma do Prezesa Izby), tj. w 4- dniu (ponieważ 3 dzień jako dzień ustawowo wolny od pracy upływał w dniu 29 stycznia 2012 r. w niedzielę) od daty otrzymania od Zamawiającego kopii odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do postępowania, co miało miejsce w dniu 26 stycznia 2012 r.

Izba zatem potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Vendi Servis Sp. z o.o., ul. Sowizdrzała 3, 03-610 Warszawa.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest bezzasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Pkt XI „Opis sposobu przygotowania ofert”: Oferta winna zawierać łączną wartość zamówienia, miesięczny koszt żywienia oraz cenę za żywienie jednej osoby dziennie brutto oraz netto i podatek VAT wyrażoną cyfrowo i słownie.

§ 1 ust. 1 wzoru umowy (załącznik nr 5 do SIWZ): Przedmiotem zamówienia jest świadczenie na rzecz Zamawiającego przez Wykonawcę usług polegających na całodobowej specjalistycznej obsłudze SPZZOZ w Wyszkanie w zakresie żywienia pacjentów, zgodnie z wymogami i standardami obowiązującymi zakładach opieki zdrowotnej oraz wymogami określonymi przez Instytut Żywności i Żywienia, SANEPID, PZH i innymi obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa.

Wykonawca Vendi Servis Sp. z o.o., ul. Sowizdrzała 3, 03-610 Warszawa w swojej ofercie podał:

Ppkt c) cena brutto za żywienie jednej osoby dziennie: 15,37 zł, w tym cena netto: 14,23 zł plus podatek VAT 8% 1,14 zł;

Ppkt b) Miesięczny koszt żywienia brutto (cena brutto za żywienie jednej osoby dziennie x 120 osób x 30 dni) wynosi 55326,24 zł, w tym netto: 51228 zł plus podatek VAT 8% 4098,24 zł;

Ppkt a) całkowita wartość zamówienia brutto (miesięczny koszt żywienia x 36 miesięcy) 1991744,64 zł, w tym wartość netto: 1844208 zł plus podatek VAT 8% 147536,64 zł.

Zamawiający pismem z dnia 11 stycznia 2012 r. w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp powiadomił o dokonaniu w ofercie Wykonawcy Vendi Servis Sp. z o.o. poprawki rachunkowej w pkt b) i a) formularza ofertowego.

Zamawiający przyjął z oferty Wykonawcy cenę brutto za żywienie jednej osoby dziennie: 15,37 zł i dokonał wyliczenia rachunkowego w następujący sposób:

- cena brutto za żywienie jednej osoby dziennie: 15,37 zł x 120 osób x 30 dni = 55332 zł – miesięczny koszt żywienia brutto, w tym netto: 51233,33 zł plus podatek VAT 8% t.j. 4098,67 zł;

- miesięczny koszt żywienia: 55332 zł x 36 miesięcy = 1991952 zł - całkowita wartość zamówienia brutto, w tym netto: 1844399,88 zł plus podatek VAT 8% t.j. 147552,12 zł.

W związku z powyższym, po dokonaniu poprawki rachunkowej, kwoty w formularzu ofertowym Wykonawcy wynoszą:

- a) całkowita wartość zamówienia brutto (miesięczny koszt żywienia x 36 miesięcy) wynosi 1991952 zł, w tym wartość netto: 1844399,88 zł plus podatek VAT 8% 147552,12 zł;
- b) miesięczny koszt żywienia brutto (cena brutto za żywienie jednej osoby dziennie x 120 osób x 30 dni) wynosi: 55332 zł, w tym netto 51233,33 zł plus podatek VAT 8% 4098,67 zł;
- c) cena brutto za żywienie jednej osoby dziennie: 15,37 zł, w tym cena netto: 14,23 zł plus podatek VAT 8% 1,14 zł.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny Izba podzieliła stanowisko i argumentację Zamawiającego, że Przystępujący popełnił oczywistą omyłkę rachunkową. Kwestią wymagającą rozstrzygnięcia w przypadku tego zarzutu było ustalenie, czy Zamawiający uprawniony był do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zawartego w formularzu ofertowym oświadczenia Przystępującego co do ceny brutto za żywienie jednej osoby dziennie: 15,37 zł.

Przywołany przepis art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp obliguje Zamawiającego do poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego omyłek w treści oferty, jeżeli zachodzą oczywiste omyłki rachunkowe, jednocześnie z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Podkreślenia wymaga, iż ustawa Pzp zobowiązuje Zamawiającego do prowadzenia postępowania z należytą starannością, w tym obliguje Zamawiającego, w przypadku pojawienia się oczywistych omyłek rachunkowych, do dokonania ich poprawienia.

Zgodnie z tym przepisem Zamawiający powinien poprawić w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, jednocześnie z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Ustawodawca, uchylając art. 88 ustawy Pzp, zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, uznając, że dopuszczalność zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp należy oceniać w konkretnych okolicznościach sprawy.

Jak podkreślono w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych, zatytułowanej „Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.” pod red. J. Sadowego, Warszawa 2008, str. 117 i nast. *„Nowelizacja uchyla przepis art. 88 ustawy, który zawierał enumeratywne wyliczenie rodzajów oczywistych omyłek w obliczeniu ceny możliwych do poprawy przez Zamawiającego. Celem ustawodawcy uchylającego cytowany przepis było umożliwienie Zamawiającemu poprawienie omyłek w szerszym niż dotychczas zakresie w celu ograniczenia sytuacji odrzucenia ofert. Wynika to wprost z uzasadnienia do ustawy:*

Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań”.

Izba zważyła, że w ofercie Przystępującego występowała wątpliwość dotycząca ceny brutto za żywienie jednej osoby dziennie.

Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, iż w świetle formularza ofertowego, (załącznika nr 3), należało wskazać cenę brutto za żywienie jednej osoby, następnie należało dokonać przeliczenia ceny brutto za żywienie jednej osoby mnożąc ją przez 120 osób, oraz ilość dni - 30 dni i w wyniku tych działań otrzymano miesięczny koszt żywienia brutto. Zatem punktem wyjścia dla Zamawiającego była cena brutto za żywienie jednej osoby dziennie i oczywistym było, iż biorąc pod uwagę wskazaną przez Przystępującego cenę brutto żywienia jednej osoby, tj. 15,37 zł mnożąc przez 120 i 30 dni otrzymano kwotę 55,332 zł nie zaś 55326,24 zł. Zamawiający powyższy sposób liczenia wskazał również w SIWZ w rozdziale XI w pkt 2 (na str. 6), w którym doprecyzował, że oferta winna zawierać miesięczny koszt żywienia oraz ceną za żywienie jednej osoby brutto.

Zdaniem Zamawiającego charakter omyłki popełnionej przez Przystępującego był również oczywisty i nie budził wątpliwości, co nie wymagało również w jego ocenie wyjaśnienia.

Ponadto odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, iż dokonał sprawdzenia ofert wykonawców i według Zamawiającego każdy z wykonawców zastosował właściwą stawkę VAT, t.j. 8%.

Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego, że w niniejszym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z błędem w działaniach matematycznych, zaś Przystępujący zastosował inny wzór niż wymagał tego Zamawiający. W ocenie Izby nie ulegało wątpliwości jak należało wyliczyć miesięczny koszt żywienia brutto (cenę brutto za żywienie jednej osoby dziennie x 120 osób x 30 dni) i taki wzór zastosował również Przystępujący.

W świetle powyższego Izba uznała, że Przystępujący popełnił oczywistą omyłkę rachunkową co do przedmiotowo elementu oferty, którą w świetle dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy należało poprawić.

W konsekwencji decyzję Zamawiającego w przedmiocie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Przystępującego należało uznać za prawidłową. Nie potwierdził się zatem zarzut błędnej interpretacji i niewłaściwego zastosowania art. 87 ust. 1 i 2 pkt 2 oraz w konsekwencji naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu Odwołującego, iż w ofercie Przystępującego brak jest kompletnych, szczegółowych Procedur Wykonywanych Czynności do poszczególnych etapów cyklu produkcyjnego, dostarczania produktów, składowanie i magazynowanie, produkcja posiłków gorących i posiłków zimnych, przechowywanie, wydawanie, transportowanie posiłków, zwrot naczyń, odstawianie, czyszczenie, Izba uznała iż powyższy zarzut nie potwierdził się.

Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ wskazał, w pkt VI „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis spełniania tych warunków”, ppkt c) w postępowaniu mogą brać udział wykonawcy, którzy posiadają niezbędny potencjał techniczny do wykonania, tj. Wykonawcy którzy opracują i przedstawiają szczegółowe Procedury Wykonywanych Czynności do poszczególnych etapów cyklu produkcyjnego, dostarczania produktów, składowanie i magazynowanie, produkcja posiłków gorących i posiłków zimnych, przechowywanie, wydawanie, transportowanie posiłków, zwrot naczyń, odstawianie, czyszczenie.

Ponadto w pkt VII „Oświadczenia i dokumenty jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” ppkt 13 Opracowane Szczegółowe Procedury Wykonywanych Czynności zgodnie z danymi z pkt VI.3c) SIWZ.

Izba ustaliła, że Przystępujący do swojej oferty załączył dokumenty odnoszące się do wymagań wskazanych w ppkt 13 str. 5 SIWZ, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak Zamawiający pismem z dnia 30 grudnia 2011 r. wezwał wykonawcę w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia procedury zwrotu, odstawiania, czyszczenia, wydawania i transportu na oddziały SPZZOZ w Wyszkwowie.

Mając na względzie powyższy stan faktyczny Izba podziela pogląd wyrażany w orzecznictwie KIO, że: *„Zgodnie z wypracowanym w orzecznictwie Izby poglądem, treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz Zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia potrzebom Zamawiającego. Ich konfrontacja (opisu wymagań zamawiającego do zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytoryczne wymagania Zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla*

wykonania zamówienia stanowią podstawę oceny zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy”.

Powyższe skłaniałoby do przyjęcia interpretacji Przystępującego, że dokumenty dotyczące m. in. procedur zwrotu, odstawiania, czyszczenia, wydawania i transportu stanowiły treść oferty, nie zaś jak twierdził Zamawiający były dokumentem mieszczącym się w dyspozycji art. 25 ustawy, umożliwiającego uzupełnienie powyższych dokumentów, jak uczynił to Zamawiający pismem z dnia 30 grudnia 2011 r. wzywając o uzupełnienie powyższych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Jakkolwiek Zamawiający w sposób błędny ocenił charakter powyższego dokumentu (biorąc pod uwagę merytoryczną jego treść, nie zaś miejsce zamieszczenia go w specyfikacji w rozdziale dotyczącym warunków udziału), jak również sposób wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy (zważywszy, że Zamawiający nie doprecyzował również wymagań co do wydawania i transportu na oddziały SP ZZZOZ w Wyszkowie) to jednak w ocenie Izby biorąc pod uwagę ogólnikowy charakter tego dokumentu – niezależnie od przyjętego nazewnictwa trudno na podstawie załączonych przez Przystępującego dokumentów jednoznacznie stwierdzić, że jego oferta w tym zakresie jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego.

Nie potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaś ewentualne uznanie Zamawiającego za nietrafne skorzystanie i sformułowanie wymagań co do uzupełnienia brakujących dokumentów w piśmie z dnia 30 grudnia 2011 r. nie miało wpływu na ocenę oferty Przystępującego, a tym samym wpływu na wynik niniejszego postępowania.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione przez Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w przedstawionym Izbie materiale dowodowym i biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i

sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....