

Sygn. akt: KIO/UZP 88/09,

KIO/UZP 89/09

WYROK
z dnia 3 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Agnieszka Trojanowska

Protokolant : Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach* **30 stycznia 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **23 stycznia 2009 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków

B. Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zespół Szpitali Pulmonologiczno-Reumatologicznych z siedzibą w Kup, ul. Karola Miarki 6, 46-082 Kup** protestów:

A Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków z dnia 19.12.2008r.

B Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków z dnia 27.12.2008r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego/zgłaszających* przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się, oraz **XXX** po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. oddala oba odwołania

2. Kosztami postępowania obciąża **Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków,**
 - B** koszty w wysokości 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: **XXX**) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
 - A** kwoty 00 zł 00 gr (słownie: **XXX**) przez na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu **XXX**
 - B** kwoty 00 zł 00 gr (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu **XXX**
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
 - A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
 - B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
- 4) dokonać zwrotu kwoty 25 426 zł 00gr (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A** kwoty 12 713 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków**

- B** kwoty 12 713 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na utrzymanie czystości w pomieszczeniach szpitalnych wraz z obsługą pozamedyczną, nr ZP/18/2008, zostało wszczęte przez Samodzielny Publiczny Zespół Szpitali Pulmonologiczno - Reumatologiczny z siedzibą w Kup, ul. Karola Miarki 6, 46-082 Kup zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 208-276552 w dniu 25.10.2008 r.

W dniu 16.12.2008 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego, działając na podstawie art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655 z później zm.) zwanej dalej: „Pzp”, zawiadomienie o wyniku postępowania, tj. uznaniu za najkorzystniejszą ofertę firmy: Spółdzielnia Inwalidów NAPRZÓD w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków zwanej dalej: „S.I. NAPRZÓD w Krakowie” albo „Przystępującym” w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 88/09 albo „Protestującym” oraz „Odwołującym” w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 89/09. Wskazał, iż powodem dokonania wyboru tej firmy był w ocenie komisji przetargowej przy zastosowaniu kryterium cena 100%, fakt, że oferta otrzymała najwyższą ilość punktów. Ponadto, Zamawiający podniósł, iż wykonawcy, którzy złożyli oferty otrzymali w każdym kryterium oceny ofert i łącznie następującą ilość punktów, o czym stanowi załącznik druk nr ZP-21. Dodatkowo wskazał również, iż wykonawcą, którego oferta została odrzucona była firma: „NIRO” Sp. z o.o., ul. Ścinawska 37, 59-300 Lubin zwana dalej: „NIRO Sp. z o.o.” albo „Protestującym” w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 88/09. Zamawiający podał uzasadnienie prawne i faktyczne. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – „treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Poza tym, zauważył, iż w załączniku nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „SIWZ” „OFERTA”, w pkt 8 nie wpisano ilości dni po których Zamawiający ma zapłacić Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy od daty otrzymania faktury VAT. Zaś Zamawiający w pkt. 6.2 SIWZ wyraźnie wymagał złożenia wypełnionego i podpisanego załącznika.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP/88/09

W dniu 19.12.2008 r. (faxem) na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej: „Pzp” firma: NIRO Sp. z o.o. złożyła protest na czynność wyboru przez Zamawiającego oferty Wykonawcy: S.I. NAPRZÓD w Krakowie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 i 3, 87 ust. 1 i 2, 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 Pzp. Wnosił o:

1. Uchylenie zaskarżonej czynności wybrania oferty
2. Uchylenie czynności odrzucenia oferty złożonej przez NIRO Sp. z o. o.
3. Powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty NIRO Sp. z o.o.
4. Wybranie oferty najkorzystniejszej.

Zarzucał Zamawiającemu błędne zastosowanie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp w stosunku do jego oferty oraz obrazę art. 87 ust. 1 i 2 Pzp polegającą na odrzuceniu jego oferty w sytuacji gdy złożona oferta jest zgodna z SIWZ. Zaś ewentualne błędy stanowią oczywistą omyłkę pisarską, która zostaje poprawiona przez Zamawiającego albo niedokładność wyjaśnianą w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Zgodnie ze SIWZ, Zamawiający ustalił warunki udziału w przetargu. Wśród tych warunków warunkiem podstawowym jest skuteczne złożenie przez Wykonawcę oferty. Zamawiający odrzucił ofertę Protestującego wskazując, iż w formularzu ofertowym nie wypełnił on rubryki 8 i nie wskazał terminu płatności.

Powyższe jest zdaniem Protestującego niezgodne z Pzp, Zamawiający bowiem, zobligował Wykonawców uczestniczących w przetargu do złożenia oświadczenia o akceptacji treści umowy, która będzie łączyła podmiot wyłoniony w trakcie przetargu, a dotyczy wykonania przedmiotu zamówienia, którego dotyczy przetarg publiczny. Zgodnie z § 9 pkt 2 umowy, termin na zapłatę faktur wynosi 30 dni. Oznacza to, iż nawet w sytuacji braku wskazania w złożonej ofercie terminu płatności, to taka wada nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty, albowiem Wykonawca akceptując warunki przyszłej umowy jednoznacznie potwierdził swoją zgodę na wskazany w tej umowie termin (UZP/ZO/O-1098/06 wyrok ZAUZP 2006.04.21 LEX nr 199451 *„Oczywistą omyłką jest omyłka widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski albo rachunkowy lub inna podobna usterka w tekście. Także wówczas, gdy oczywistość omyłki nie jest widoczna w treści samego formularza ofertowego, jest jednak omyłką wynikającą z porównania treści pozostałych dokumentów, stanowiących zawartość treści oferty - jest to oczywista omyłka”*

Nadto wskazał, iż wpisanie w formularzu ofertowym terminu innego aniżeli wskazany w zaakceptowanej przez niego umowie, stanowiącej załącznik do SIWZ powodowałoby odrzucenie takiej oferty, jako niezgodnej ze SIWZ. Powyższe musi prowadzić do wniosku, iż stwierdzona wadliwość oferty złożonej przez Wykonawcę jest oczywistą omyłką pisarską,

która winna być skorygowana przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 Pzp (UZP/ZO/O-1333/06 wyrok ZAUZP 2006.05.11 LEX nr 202855 „Zamawiający jest zobowiązany do poprawienia w tekście oczywistej omyłki pisarskiej”, UZP/ZO/O-2255/04 wyrok ZAUZP 2004.12.29 LEX nr 185833 "Oczywista omyłka to widoczne, niezgodne z zamierzonym, niewłaściwe użycie wyrazu widoczna mylna pisownia czy też opuszczenie jakiegoś wyrazu. Wszystkie wymienione wyżej wady charakteryzuje cecha "oczywistości" (gdzie "oczywista" znaczy "bezsorna, nie budząca wątpliwości"). Oznacza to że są to błędy widoczne na pierwszy rzut oka, bez potrzeby przeprowadzania jakichkolwiek dodatkowych badań czy ustaleń"). Jednakże gdyby Zamawiający stwierdził, iż omyłka ta stanowi inną wadę, aniżeli w/w w razie wątpliwości odnośnie stanowiska Protestującego w zakresie terminu płatności, chociaż stanowisko to wynika z faktu akceptacji warunków umowy stanowiącej załącznik do SIWZ, winien wezwać Protestującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, które nie prowadziłyby w żaden sposób do zmiany oferty.

W dniu 19.12.2008 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 22.12.2008 r. faxem do postępowania protestacyjnego przystąpiła firma: S.I. NAPRZÓD w Krakowie. Wnosząc o oddalenie protestu w całości jako bezzasadnego. Oświadczyła, iż posiada interes prawny i faktyczny w przystąpieniu, ponieważ jej oferta jest ofertą ważną, nie podlegającą odrzuceniu i została wybrana jako wybrana jako najkorzystniejsza. Przystępujący zauważył, że treść oferty Protestującego nie odpowiada treści SIWZ, albowiem brak jest wypełnienia zapisu z pkt 8 zał. nr 1 -"OFERTA" do SIWZ, który wskazuje jednoznacznie na podanie przez Wykonawców ilość dni po upływie których Zamawiający ma zapłacić Wykonawcy należności za wykonanie przedmiotu umowy od daty otrzymania faktury VAT.

Sugerowanie przez Protestującego Zamawiającemu, iż winien on wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp jest błędne i prowadzi do zmiany treści oferty, co jest niedopuszczalne w świetle Pzp, nie może również mieć miejsca jak twierdzi Protestujący zastosowanie przez Zamawiającego art. 87 ust 2 Pzp w stosunku do jego oferty ponieważ Zamawiający:

- 1) nie ma możliwości dokonywania zmian w ofercie Wykonawcy szczególnie w tych elementach które mają wpływ na cenę;
- 2) nie może traktować braku wypełnienia formularza ofertowego zgodnie z wymaganiami SIWZ jako oczywistej omyłki w sytuacji kiedy nie jest wiadome, jak ją poprawić i w sytuacji kiedy dokonanie jakiegokolwiek zmiany w tym omawianym zapisie spowodowałoby znaczącą zmianę treści oferty.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana w tym samym dniu Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 05.01.2009 r. faxem, poprzez jego uwzględnienie. Zamawiający wskazał, iż Protestujący zarzucił naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1 i 2, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 Pzp i wniósł o uchylenie czynności wyboru oferty S. I. NAPRZÓD w Krakowie, uchylenie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Protestującego, powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Protestującego i dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Mimo uwzględnienia protestu należy stwierdzić, że zarzut oparty na naruszeniu art. 87 ust. 1 Pzp jest chybiony. Na podstawie tego przepisu Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień treści złożonych ofert. Jak wynika z brzmienia tego przepisu żądanie wyjaśnień jest wyłącznie prawem Zamawiającego, a nie jego obowiązkiem. W konsekwencji na tej podstawie nie można kreować zarzutu względem Zamawiającego i żądać od niego kierowania do wykonawców, stosownych zapytań odnośnie treści złożonych ofert (J. Pieróg, Prawo Zamówień Publicznych Komentarz, C. H. Beck, Warszawa 2007, s. 288; M. Płużański, Prawo Zamówień Publicznych Komentarz, C. H. Beck, Warszawa 2005, s. 247-248).

Odnośnie naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 Pzp wskazał on, iż nie sprecyzowano, o uchybienie którego punktu wymienionego przepisu chodzi. Jednakże z treści uzasadnienia protestu można wnioskować, iż Protestujący zarzuca Zamawiającemu, że nie dokonał on poprawy uchybienia Protestującego w jego ofercie, stanowiącego w jego rozumieniu *"oczywistą omyłkę pisarską"* (art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp).

Nie można, zdaniem Zamawiającego, bezpośrednio przyjąć, że niewypełnienie pkt 8 formularza oferty w zakresie wskazania terminu zapłaty wynagrodzenia jest *oczywistą omyłką pisarską*, bowiem za taką omyłkę może zostać uznana jedynie taka zmiana w tekście oferty, która nie prowadzi do jej zmiany. W tym przypadku bowiem Protestujący nie wypełnił miejsca, w którym powinien był wskazać termin zapłaty wynagrodzenia, a więc złożyć stosowne oświadczenie woli. W tym zakresie KIO w wyroku z dnia 30.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 362/08 przyjęła, iż wprowadzenie przez Zamawiającego nowej treści w rubryce nie wypełnionej nie jest w istocie rzeczy poprawieniem omyłki, trudno bowiem za poprawienie uznawać wpisanie przez Zamawiającego nowej wielkości bez dokonywania poprawek. Brak jakiegokolwiek wpisu w wyodrębnionej rubryce kosztorysu nie może być również utożsamiany z *oczywistą omyłką* polegającą na braku znaku graficznego lub wyrazu w ciągu wyrazów, z których treści wynika oczywisty brak wymagający uzupełnienia. Jak widać z powyższego tzw. *oczywista omyłka pisarska* przy brakach w ofercie musi niejako wynikać

z kontekstu przedstawionej przez wykonawcę treści oferty. W tym przypadku na pierwszy rzut oka takiej zmiany nie można zauważyć.

Niewątpliwie jednak, zdaniem Zamawiającego, KIO w innych orzeczeniach wskazywała, że przez oczywistą omyłkę pisarską należy rozumieć widocznie mylną pisownię wyrazu, ewidentny błąd gramatyczny, niezamierzone opuszczenie wyrazu lub jego części, itp. Jednocześnie uznano, że oczywistą omyłką jest omyłka widoczna, będąca niezamierzoną niedokładnością, błędem pisarskim lub inną podobną usterką w tekście. A dodatkowo za taką uznano również omyłkę, która nie jest widoczna w treści samego formularza ofertowego, jest jednak omyłką wynikającą z porównania treści pozostałych dokumentów, stanowiących zawartość treści oferty (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21.07.2008r., sygn. akt: KIO/UZP 648/08, KIO/UZP 651/08, KIO/UZP 666/08, KIO/UZP 667/08; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 265/08).

W oparciu o powyższe orzeczenia i przyjmując argumentację Protestującego, Zamawiający wskazał, że niewątpliwie we wzorze umowy załączonym do SIWZ (załącznik nr 7) w § 9 ust. 2 wpisano *„Zamawiający ma obowiązek zapłaty faktur w terminie 30 dni licząc od daty ich doręczenia wraz z dokumentami rozliczeniowymi.”* Zatem w postanowieniach umownych został określony konkretny termin zapłaty zobowiązań Zamawiającego wobec wykonawcy. Jednocześnie w treści formularza oferty podpisanego i załączonego przez Protestującego do oferty w pkt 11 znajduje się oświadczenie *„oświadczamy, że zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia projekt umowy został przez nas zaakceptowany i zobowiązujemy się w przypadku przyznania nam zamówienia, do zawarcia umowy nu wyżej wymienionych warunkach.”* Oznacza to, że Protestujący, zdaniem Zamawiającego, złożył oświadczenie woli w zakresie przyjęcia w pełni wszystkich warunków umownych przedstawionych przez Zamawiającego, w tym dotyczących terminu zapłaty.

Wobec powyższego Zamawiający uznał, że mimo, iż w samym formularzu ofertowym Protestujący nie wpisał terminu płatności (pozostawił puste miejsce w pkt 8), to jednak z treści pozostałych dokumentów i oświadczeń złożonych w treści formularza oferty, wynika, iż Zamawiający miał podstawę do uzupełnienia w tym zakresie formularza oferty i zawiadomienia o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp.

Zamawiający podniósł także, iż zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp SIWZ zawiera istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli Zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Zatem w skład SIWZ weszła w tym przypadku również umowa. W doktrynie przyjmuje się, jak stwierdził Zamawiający, że oferta nieodpowiadająca

treści SIWZ to taka, która została sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. Odmienność ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia i jego realizacji, lub w innym sposobie sporządzenia oferty niż wymagał tego Zamawiający. Chodzi tu zarówno o wymogi formalne jak i materialne. Jednakże nawet, jeżeli oferta spełnia wymogi formalne, ale niekoniecznie w taki sposób jak żądał Zamawiający należy badać czy cel został osiągnięty (J. Pieróg, *Prawo Zamówień Publicznych Komentarz*, C. H. Beck, Warszawa 2007, s. 294-295). W tym przypadku należy przyjąć, zdaniem Zamawiającego, iż mimo braku wypełnienia w pkt 8 formalne oferty terminu płatności, faktycznie w tym zakresie protestujący złożył oświadczenie poprzez odniesienie z pkt 11 formularza ofertowego do wzoru umowy.

Poza tym, jak stwierdził Zamawiający, zgodnie z nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych - ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zatem nawet przy przyjęciu, iż owo niewypełnienie pkt 8 mogłoby stanowić niezgodność treści oferty ze SIWZ, to przepis ten miał na celu umożliwienie Zamawiającemu poprawiania innych niż oczywiste omyłki błędów w składanych przez wykonawców ofertach. Jak wskazano w komentarzu do powołanej nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych i zamieszczonym na jego stronie internetowej na podstawie tego przepisu *"można poprawiać omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, 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"* (komentarz Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r., s. 118). Niewątpliwie w związku ze złożonym oświadczeniem przez Protestującego w treści oferty wyrażającym zgodę na warunki umowy, w których sam Zamawiający wskazał już termin płatności, należy przyjąć, że uzupełnienie przez Zamawiającego pkt 8 nie stanowiłoby istotnej ingerencji z jego strony, a poza tym uzupełnienie w tym zakresie nie stanowi istotnej zmiany postanowień oferty.

W dniu 15.01.2009 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący, będący przystępującym na etapie protestu, wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Zarzucił Zamawiającemu uwzględnienie protestu NIRO Sp. z o.o. mimo niezgodności treści oferty z SIWZ. Wniósł o oddalenie protestu NIRO Sp. z o.o. przez Zamawiającego. Oświadczył, iż posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania,

ponieważ jego oferta jest ofertą wybraną jako najkorzystniejsza. W związku z uwzględnieniem protestu NIRO Sp. z o. o. przez Zamawiającego, Odwołująca wykorzystuje swoje prawo do wniesienia odwołania na ww. wymienioną czynność Zamawiającego.

Odwołujący wyraził zdziwienie zmianą stanowiska przez Zamawiającego. Uznał, iż zawiadamiając o wyniku postępowania słusznie wskazywał uzasadniając odrzucenie oferty NIRO Sp. z o. o. na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, po czym w piśmie rozstrzygającym protest z dnia 05.01.2009 r. przyznał rację NIRO Sp. z o. o. Podniósł, iż w załączniku nr 1 "Oferta" do SIWZ wskazuje jednoznacznie na podanie przez Wykonawców ilości dni po upływie, których Zamawiający ma zapłacić Wykonawcy należności za wykonanie przedmiotu umowy od daty otrzymania faktury VAT, wskazując przy tym, iż wymagany termin nie może być krótszy aniżeli 30 dni, co oznacza, że może on wynosić zarówno 35, 45 czy 50 dni, ale nigdy nie 29 dni i krócej. Odwołująca podkreślił również, iż załącznik nr 7 do SIWZ „Umowa” stanowi projekt umowy, co oznacza, że w nie jest wiążąca i przy podpisywaniu jej przez strony może ulec modyfikacji. Zatem niesłuszne jest, jego zdaniem, twierdzenie Zamawiającego, iż „*protestujący złożył oświadczenie woli w zakresie przyjęcia w pełni wszystkich warunków umownych przedstawionych przez zamawiającego, w tym dotyczących terminu zapłaty*”.

Uznał także, iż nie można również traktować, tak jak to próbuje dowodzić NIRO Sp. z o. o., iż wadliwość złożonej oferty jest oczywistą omyłką pisarską. Wynika to z faktu, że nie można traktować braku wypełnienia formularza ofertowego zgodnie z wymaganiami SIWZ, jako oczywistej omyłki, kiedy dokonanie jakiegokolwiek zmiany w przedmiotowym zapisie spowodowałby zmianę treści oferty, co jak wiadomo, nie jest dopuszczalne.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (faxem).

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP/89/09

W dniu 27.12.2008 r. (faxem) na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 Pzp firma: S. I. NAPRZÓD w Krakowie złożyła protest na czynności Zamawiającego polegające na:

- 1) zaniechaniu czynności wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp firmy NIRO Sp. z o.o.,
- 2) zaniechaniu czynności polegającej na odrzuceniu oferty firmy NIRO Sp. z o.o. zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Protestujący zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust.1 Pzp. Żądał ponownej oceny ofert; podtrzymania wyboru oferty Protestującego jako najkorzystniejszej; podtrzymania decyzji o odrzuceniu oferty NIRO Sp. z o.o., ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz wezwania do złożenia wyjaśnień przez NIRO Sp.

z o.o. w trybie art. 90 ust 1 Pzp, a w konsekwencji odrzuceniu jego oferty w trybie art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp.

Protestujący stwierdził, iż niniejszy protest wniósł z ostrożności, albowiem Zamawiający nie wyczerpał wszystkich zarzutów oraz podstaw odrzucenia oferty NIRO Sp. z o. o., ponieważ nie zwrócił się do niego o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny usługi transportu posiłków, ich rozdziału, zmywania naczyń oraz transportu odpadów pokonsumpcyjnych pomimo faktu, że zaoferowana cena za usługi transportu posiłków, ich rozdziału, zmywania naczyń oraz transportu odpadów pokonsumpcyjnych jednoznacznie wskazuje, iż jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym stwierdził, iż wykonawca NIRO Sp. z o.o. przy uwzględnieniu wszystkich kosztów wykonania usługi transportu posiłków, ich rozdziału, zmywania naczyń oraz transportu odpadów pokonsumpcyjnych, które powinien uwzględnić, zgodnie z zapisami SIWZ oraz ustawą o cenach, nie jest w stanie wykonać w/w usługi za średnią kwotę dzienną w wysokości 26,23 zł brutto.

W dniu 29.12.2008 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

Na etapie protestu miało miejsce przystąpienie nie ponowione na etapie odwołania.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło faxem w dniu 05.01.2009 r. poprzez jego oddalenie. Zamawiający podkreślił, iż oferta NIRO Sp. z o.o. została odrzucona przez niego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, w związku z tym, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, gdyż w pkt 8 formularza oferty nie wpisano ilości dni, po których Zamawiający ma zapłacić Wykonawcy, za wykonanie przedmiotu umowy licząc od daty otrzymania faktury VAT. W tym zakresie równoległe z niniejszym protestem został rozpatrzony protest NIRO Sp. z o. o., do którego przystąpił również Protestujący.

Wskazał, iż oferta NIRO Sp. z o. o. została odrzucona ze względów formalnych. Oznacza to, iż oferta została odrzucona z innych względów niż wskazane w niniejszym proteście. Z uwagi na zastrzeżenia Zamawiającego co do samej treści oferty nie było potrzeby dalszego szczegółowego badania i oceny oferty w zakresie ceny wykonania usług zaproponowanych przez NIRO Sp. z o. o. W związku z tym, należy przyjąć, zdaniem Zamawiającego, że Zamawiający nie zaniechał wezwania do wyjaśnień NIRO Sp. z o.o. w trybie art. 90 ust.1 Pzp.

Zaznaczył, iż z uwagi na rozstrzygnięcie protestu złożonego przez NIRO Sp. z o. o., Zamawiający będzie musiał powtórzyć czynności oceny ofert, w tym również wskazanego Wykonawcy i w tym zakresie będzie oceniał również cenę podaną w ofercie przez

Wykonawcę NIRO Sp. z o. o. W konsekwencji drugie żądanie Protestującego, uznał za przedwczesne, bowiem w wyniku dokonania oceny ofert, w tym ewentualnego wezwania NIRO Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień, w zakresie rażąco niskiej ceny, Zamawiający rozstrzygnie czy są podstawy do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Żądanie to byłoby także przedwczesne w razie uznania przez Zamawiającego pierwszego wniosku Protestującego za zasadny.

W dniu 15.01.2009 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Podtrzymał zarzuty żądania z protestu wraz z argumentacją. Jednocześnie stwierdził, iż wobec równoległego oddalenia protestu S.I. NAPRZÓD w Krakowie, Zamawiający uwzględnił protest NIRO Sp. z o.o. Zatem wniesienie środka ochrony prawnej staje się jedyną możliwością obrony swoich praw przez Odwołującego, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Podniósł, że Zamawiający nie dokonał czynności badania i oceny ofert w sposób zupełny. W szczególności, nie ma racji Zamawiający, twierdząc, iż *„z uwagi na zastrzeżenia zamawiającego co do samej treści oferty nie było potrzeby dalszego szczegółowego badania i oceny oferty w zakresie ceny wykonania usług zaproponowanych przez Niro Sp. z o.o.”*

Analizując przepisy Pzp trudno dojść do innej konstatacji, zdaniem Odwołującego, aniżeli takiej, że ustawodawca nakładając na Zamawiającego obowiązek badania i oceny ofert wskazuje na dokonanie pełnej czynności badania i oceny ofert. W związku z powyższym nawet dostrzeżenie w treści oferty jednego braku, który stanowi wystarczającą podstawę do odrzucenia oferty, nie może stanowić podstawy do zaprzestania kontynuowania czynności badania i oceny oferty. Pozwala to na stwierdzenie, że Zamawiający uchybiając temu wymogowi narusza Pzp.

Powyzsza sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy NIRO Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, pomijając postępowanie w sprawie rażąco niskiej ceny, które obejmuje czynność wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, a następnie ewentualne odrzucenie oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Dokonanie wskazanych czynności zażądał od Zamawiającego S.I. NAPRZÓD w Krakowie. Żądanie to jest tym bardziej zasadne, iż wobec faktu, że Wykonawca NIRO Sp. z o.o. złożył protest na czynność odrzucenia oferty w trybie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp uwzględniony przez Zamawiającego, niedokonanie pełnej czynności oceny i badania ofert przez Zamawiającego, powoduje, iż to niedopatrzenie Zamawiającego ma istotny wpływ na przebieg postępowania o zamówienie publiczne. Wobec tego, nie można uznać, jak to twierdzi Zamawiający, iż żądania S.I. NAPRZÓD w Krakowie są przedwczesne.

Pomimo, iż Zamawiający w treści pisma oddalającego protest przyznaje, że po dostrzeżeniu niezgodności treści SIWZ z treścią oferty Wykonawcy NIRO Sp. z o.o. nie

kontynuował czynności badania i oceny ofert, co już świadczy o naruszeniu przepisów Pzp i stanowi podstawę dokonania czynności ponownej oceny ofert.

Odwołująca uzasadnił również swoje stanowisko w kwestii rażąco niskiej ceny usług transportu posiłków, ich rozdziału, zmywania naczyń oraz transportu odpadów pokonsumpcyjnych którą przedstawił w ofercie Wykonawca NIRO Sp. z o.o.

Biorąc pod uwagę zapisy SIWZ, w których Zamawiający określił iż:

- odbiór posiłków z kuchni szpitalnej i transport posiłków do oddziałów szpitalnych. Rozdział posiłków pod nadzorem pielęgniarki ma odbywać się w godzinach: śniadanie 8.00 - 8.30, obiad 12.30 - 13.00, kolacja 17.00 - 17.30.
- odbiór odpadów pokonsumpcyjnych z oddziałów i transport do wyznaczonego pomieszczenia celem ich zmielenia (zaraz po dostarczeniu tych odpadów) oraz transport czystych pojemników na oddziały odbywać się będzie w godzinach 9.00-10.00, 13.00-14.00 oraz 17.30 - 18.30, jak również fakt, iż usługa wykonywana ma być w dwóch obiektach Zamawiającego, tzn. w miejscowości KUP oraz POKÓJ, w prosty sposób obliczyć można iż minimalna ilość godzin potrzebna na wykonanie w/w usług wynosi 9 godzin dziennie. W skali miesiąca daje to średnio 274,5 godziny (9 godzin x 30,5 dnia) co w przeliczeniu na etaty wynosi 1,63 etatu (274,5 godzin / 168 godzin normatywu miesięcznego).

W oparciu o powyższe wyliczenia Odwołujący jednoznacznie stwierdził, że minimalny koszt miesięczny wykonania usług transportu posiłków, ich rozdziału, zmywania naczyń oraz transportu odpadów pokonsumpcyjnych nie może być mniejszy niż 2079,88 zł + koszty ZUS pracodawcy (1,63 etatu x 1276,00 zł minimalne wynagrodzenie za pracę brutto).

Powyższe wyliczenia oparł na założeniu, iż usługa będą wykonywana przez jedną osobę w miejscowości KUP oraz miejscowości POKÓJ. Biorąc zatem pod uwagę ilość oddziałów (6 oddziałów KUP oraz 2 oddziały POKÓJ) oraz ilość obsługiwanych pacjentów (KUP około 196 pacjentów dziennie oraz POKÓJ około 82 pacjentów dziennie) można mieć wątpliwości, czy wskazany skład osobowy jest wystarczający.

Nawet jednak przyjmując założenie że taki skład osobowy jest wystarczający do wykonania usługi, to i tak należy stwierdzić, że minimalny koszt wykonania usług transportu posiłków, ich rozdziału, zmywania naczyń oraz transportu odpadów pokonsumpcyjnych nie może być niższy niż wyliczona powyżej kwota 2079,88 zł + koszty ZUS pracodawcy co znacząco przewyższa koszt wykonania w/w usług wyliczony przez oferenta NIRO Sp. z o.o. i wynoszący 800,00 zł miesięcznie brutto.

Przyjmując koszt wykonania usług transportu posiłków, ich rozdziału, zmywania naczyń oraz transportu odpadów pokonsumpcyjnych w wysokości 800,00 zł brutto miesięcznie oraz fakt, iż minimalna ilość godzin w miesiącu potrzebna na wykonanie w/w

usług wynosi 274,5 obliczyć można, że koszt jednej roboczogodziny wynosi 2,91 zł (minus koszty ZUS pracodawcy).

Nadmienił również, że w powyższych wyliczeniach ujęte zostały tylko koszty wynagrodzeń pracowników wykonujących usługę transportu posiłków, ich rozdziału, zmywania naczyń oraz transportu odpadów pokonsumpcyjnych, a nie zostały wzięte pod uwagę inne koszty, które ponosi Wykonawca wykonujący tego typu usługi (np. koszty środków czystości, koszty pracownicze związane z wyposażeniem pracowników w odzież ochronną, koszty związane z wyposażeniem pracowników w niezbędny sprzęt do wykonania usług, koszty badań pracowników). Biorąc jeszcze pod uwagę marżę Wykonawcy, należy stwierdzić, iż nie ma realnej możliwości wykonania usługi transportu posiłków, ich rozdziału, zmywania naczyń oraz transportu odpadów pokonsumpcyjnych za cenę wskazaną przez NIRO Sp. z o.o. Uprawnia to do stwierdzenia, że cena, zaproponowana przez wymienionego Wykonawcę, jest rażąco niska.

Potwierdza to, zdaniem odwołującego, orzeczenie KIO (sygn. akt: KIO/UZP 1441/07, wyrok z dnia 9 stycznia 2008 r.), w którym Izba wskazuje - powołując się zresztą na jednolitą linię orzeczniczą Zespołów Arbitrów i Sądów Okręgowych - iż za rażąco niską cenę należy uznać *„cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia”*.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (faxem).

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2009 r. sprawy o sygn. akt: KIO/UZP 88/09 oraz KIO/UZP 89/09 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią spornej oferty, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron postępowania na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została uznana pierwotnie za najkorzystniejszą, a wobec którego zapowiedziana przez Zamawiającego czynność

ponownego badania i oceny złożonych ofert będzie skutkować uzyskaniem drugiej pozycji w rankingu ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, poprzez podtrzymanie pierwotnego wyboru jego oferty.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp, poprzez uwzględnienie protestu firmy NIRO Sp. z o. o. i uznanie niezasadności odrzucenia oferty wskazanego Wykonawcy, Izba uznała, iż ww. zarzut nie potwierdził się.

Odnosząc się do istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania postanowień SIWZ skład orzekający Izby ustalił:

Zamawiający w pkt 6.2 SIWZ zawarł wymóg złożenia wypełnionego i podpisanego formularza oferty – wg załącznika nr 1 do SIWZ.

W załączniku nr 1 do SIWZ: „OFERTA” Zamawiający określił w pkt 8, iż: *„Wynagrodzenie za wykonany przedmiot umowy będzie płatne w ciągudni (uwaga: wymagany termin nie krótszy niż 30 dni) od daty otrzymania faktury”.*

Natomiast w pkt 11 wskazanego wyżej załącznika Zamawiający zawarł również oświadczenie następującej treści: *„oświadczamy, że zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia projekt umowy został przez nas zaakceptowany i zobowiązujemy się w przypadku przyznania nam zamówienia, do zawarcia umowy na wyżej wymienionych warunkach.”*

W myśl pkt 13 SIWZ: *„Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposób oceny ofert”* – cena oferty brutto stanowi 100 %.

Z kolei pkt 16 SIWZ zawiera istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy – wzór umowy. Pkt 16.1 SIWZ stwierdza, że wzór/projekt umowy stanowi załącznik nr 7 do SIWZ. W ramach wymienionych załączników do SIWZ wymienia się z kolei w pkt 18.7 – projekt umowy, jako załącznik nr 7 do SIWZ.

W § 9 ust. 2 projektu umowy wpisano, że: *„Zamawiający ma obowiązek zapłaty faktur w terminie 30 dni licząc od daty ich doręczenia wraz z dokumentami rozliczeniowymi.”.*

Dodatkowo w myśl § 4 ust. 3 projektu umowy, wprowadzonego zmianą z dnia 27.11.2008 r.: *„Przedmiot umowy wykonywany będzie według ustaleń zawartych w ust.1 i ust.2 zgodnie ze wszelkimi niezbędnymi przepisami, obowiązującymi Polskimi Normami,*

zaleceniami Sanepidu i kontroli Zamawiającego oraz zapisami SIWZ – zapewniając bezpieczne i higieniczne warunki pracy”. Natomiast w ust.4 ww. paragrafu projektu umowy wskazano, iż: *„Szczegóły (mało istotne ustalenia dodatkowe niemające wpływu na wynagrodzenie Wykonawcy) dotyczące sposobu wykonywania przedmiotu umowy zostaną uzgodnione między stronami w trakcie realizacji umowy w formie protokołu uzgodnień zaakceptowanego przez obie strony”*.

Ponadto, Izba ustaliła co następuje:

Wykonawca (firma NIRO Sp. z o.o.), którego oferta została mocą decyzji Zamawiającego z dnia 16.12.2008 r. odrzucona, co następnie Zamawiający uznał za niezasadne w załączniku nr 1 do SIWZ „OFERTA”, w pkt 8 nie wpisał ilości dni, po których Zamawiający ma zapłacić Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy od daty otrzymania faktury VAT.

W treści formularza ofertowego (oferty), podpisanego i załączonego do oferty w pkt 11 wykonawca NIRO Sp. z o.o. złożył także, zgodnie ze wzorem, oświadczenie w swej treści zgodne z przyjętym przez Zamawiającego, tj.: *"oświadczamy, że zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia projekt umowy został przez nas zaakceptowany i zobowiązujemy się w przypadku przyznania nam zamówienia, do zawarcia umowy na wyżej wymienionych warunkach."*

Analizując w/w zapisy SIWZ oraz zaistniały stan faktyczny w odniesieniu do zarzutu postawionego przez Odwołującego, Izba stwierdziła co następuje:

Po pierwsze, Izba podziela stanowisko Zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu protestu z 19.12.2008 r. , iż niewypełnienie pkt 8 formularza oferty w zakresie wskazania terminu zapłaty wynagrodzenia nie jest oczywistą omyłką pisarską, bowiem za taką omyłkę może być uznana jedynie taka zmiana w tekście oferty, która nie prowadzi do zmiany jej treści. Wobec powyższego nie ma zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp. W tym zakresie zasadne było przywołanie przez Zamawiającego wyroku z dnia 30.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 362/08.

Po drugie, Izba uznała, iż składający ofertę złożył oświadczenie woli w zakresie przyjęcia w pełni wszystkich warunków umownych przedstawionych przez Zamawiającego, w tym dotyczących terminu zapłaty. Powyższe wynika z analizy zapisu § 9 ust. 2 wzoru umowy w związku z pkt 11 załącznika nr 1 do SIWZ. Wobec powyższego Zamawiający ma prawo uznać, iż mimo, że w samym formularzu ofertowym NIRO Sp. z o.o. nie wpisało terminu płatności (puste miejsce w pkt 8), to jednak z treści pozostałych dokumentów i oświadczeń złożonych w treści formularza oferty, wynika, iż ma podstawę do uzupełnienia w tym zakresie formularza oferty i zawiadomienia o tym Wykonawcy, którego oferta została

poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych - ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, stanowi, iż Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zdaniem Izby, z taką sytuacją mamy do czynienia w tym stanie faktycznym. Wskazuje na to także komentarz do powołanej nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, wydany przez Urząd Zamówień Publicznych: *„można poprawiać omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, 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”* (Komentarz Prawo Zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r., s. 118).

Po trzecie, Izba wskazuje, iż zasadnie Zamawiający wskazywał na art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp oraz na jego wypełnienie wynikające z pkt 16 SIWZ, tj. załącznik nr 7 do SIWZ. Przy czym, nie jest tak istotne takie, czy inne nazwanie ww. załącznika, ale jego treść i wynikające z niej ustalenia i obowiązki. Nie tylko bowiem pkt 16 SIWZ wskazujący, iż wzór umowy zawiera istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego decyduje o tym, iż jest to wzór przyszłej umowy, a nie projekt, który nie ma charakteru wiążącego i który przy podpisywaniu przez strony może ulec modyfikacji. Powyższe wynika z całego schematu załącznika (14 paragrafów) oraz pozostawienia do wypełnienia tylko tych elementów, które nie mogły być znane Zamawiającemu w czasie opracowywania treści SIWZ i będą wynikały z oferty, tj. danych Wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa, danych osób nadzorujących realizację przedmiotu zamówienia ze strony Zamawiającego oraz Wykonawcy, kwoty wynagrodzenia oraz konta Wykonawcy. Wynika to także z § 4 ust. 3 oraz ust. 4, gdzie stwierdza się, iż: *„Szczegóły (mało istotne ustalenia dodatkowe niemające wpływu na wynagrodzenie Wykonawcy) dotyczące sposobu wykonywania przedmiotu umowy zostaną uzgodnione między stronami w trakcie realizacji umowy w formie protokołu uzgodnień zaakceptowanego przez obie strony”*. Z powyższego zapisu wynika jednoznacznie, iż żadne zmiany w załączniku nr 7 do SIWZ przed podpisaniem umowy oprócz koniecznych uzupełnień, nie będą miały miejsca.

Po czwarte, Izba uznaje za błędne twierdzenia Odwołującego, iż ewentualna zmiana będąca przedmiotem sporu ma wpływ na cenę, czy też, że nie jest wiadome, jak poprawić omyłkę i że zmiany w omawianym zapisie spowodują znaczącą zmianę treści oferty. Niewątpliwie bowiem w związku ze złożonym oświadczeniem w treści oferty, wyrażającym

zgodę na warunki umowy, w których sam Zamawiający wskazał już termin płatności, należy przyjąć, że uzupełnienie przez Zamawiającego pkt 8 w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie stanowi istotnej ingerencji z jego strony, np. wytworzenia oświadczenia woli o nowej treści, a tym bardziej uzupełnienie w tym zakresie nie stanowi istotnej zmiany postawień oferty. Izba zauważa, iż żaden z Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu ofertę nie wskazał w tym względzie innego terminu płatności niż 30 dni od otrzymania faktury, co dodatkowo przemawia za zasadnością przyjętego stanowiska. Należy także zauważyć, iż termin płatności nie był kryterium oceny ofert, była nim tylko cena oferty brutto o znaczeniu 100 %.

Po piąte, Izba nie neguje przywołanego podczas rozprawy przez Odwołującego orzeczenia Zespołu Arbitrów z dnia 26.06.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-734/07, jednakże zwraca uwagę, iż zapadło w innym stanie faktycznym, a zwłaszcza prawnym. Poza tym w niniejszym stanie faktycznym, w odróżnieniu od przywołanego w przytoczonym orzeczeniu, Zamawiający wskazał precyzyjnie w warunkach umowy konkretny termin płatności, który wraz z przyjęciem samych warunków przyjmował charakter wiążący. Załącznik nr 7 do SIWZ nie przewidywał wypełnienia umowy przed podpisaniem w tym zakresie. Na marginesie należy także zauważyć, iż z kontekstu pkt 8 formularza ofertowego można przyjąć, iż de facto, mimo nie wypełnienia pustego miejsca, jest to 30 dni od daty otrzymania faktury „(...) (uwaga: wymagany termin nie krótszy niż 30 dni) (...)”.

Reasumując, Izba stwierdza, iż sporna oferta nie jest ofertą nieodpowiadającą w swej treści SIWZ, co więcej sporny wymóg nałożony na Wykonawców nie ma przełożenia merytorycznego, a przy badaniu kwestii formalnych należy przede wszystkim badać, czy cel został osiągnięty.

Jednakże, z uwagi na dopuszczalność zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba uznała, że Zamawiający ma możliwość skorzystania z powyższej podstawy prawnej celem całkowitego sanowania zaistniałego stanu faktycznego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp, poprzez uwzględnienie protestu firmy NIRO Sp. z o. o. i uznanie niezasadności odrzucenia oferty wskazanego Wykonawcy za nie potwierdzony.

Odnosnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust.1 Pzp, poprzez zaniechanie czynności wezwania do wyjaśnień firmy NIRO Sp. z o.o. oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie czynności polegającej na odrzuceniu oferty firmy NIRO Sp. z o.o., jako zawierającej cenę rażąco niską, Izba uznała ww. zarzuty za niezasadne.

Odnośnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania postanowień SIWZ skład orzekający Izby ustalił:

Zgodnie z pkt 12 SIWZ: „*OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY*”. Wykonawca zobowiązany był do podania łącznego wynagrodzenia całkowitego netto i brutto za wykonanie usługi będącej przedmiotem zamówienia w okresie obowiązywania umowy – w tym wartość wynagrodzenia ryczałtowego miesięcznego (pkt 12.1). Wartość wynagrodzenia ryczałtowego miesięcznego określona przez Wykonawcę obowiązywała będzie przez okres trwania umowy i nie będzie zmieniana w tym czasie (pkt 12.2).

W ramach załącznika nr 1 do SIWZ w pkt 1 i 2 Zamawiający zawarł zapisy wymagające podania w składanej ofercie łącznego ryczałtowego wynagrodzenia całkowitego w okresie obowiązywania umowy za realizację usługi oraz wartość wynagrodzenia ryczałtowego miesięcznego za usługi utrzymania czystości (a), za usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe, gdzie indziej niesklasyfikowane (b), jak również za transport posiłków, ich rozdział, zmywanie naczyń oraz transportu odpadów pokonsumpcyjnych (c).

Niniejsze znajduje także odzwierciedlenie w § 7 ust. 2 i 3 załącznika nr 7 do SIWZ, czyli w postanowieniach przyszłej umowy.

Poza tym, Zamawiający zawarł w pkt 3 SIWZ: „*OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA*” zapis, iż: *„Zamawiający wymaga by usługę dotyczącą transportu posiłków, ich rozdziału, zmywania naczyń oraz transportu odpadów pokonsumpcyjnych – wyodrębnić jako osobną część zadania w związku z ewentualnym, w czasie przyszłym, wydzieleniem tej usługi spowodowanym zmianami organizacji pracy szpitala w zakresie żywienia pacjentów i ewentualnym pomniejszeniem wynagrodzenia ryczałtowego, miesięcznego o podaną w formularzu ofertowym wartość tej usługi. W przypadku zaistnienia takiej konieczności zawężenia usługi, nastąpi to za 30 dniowym wypowiedzeniem”*.

W załączniku nr 2 do SIWZ: „*SZCZEGÓŁOWY ZAKRES OBOWIĄZKÓW WYKONAWCY*”, Zamawiający zawarł m.in. obowiązek odbioru posiłków z kuchni szpitalnej i transport posiłków do oddziałów szpitalnych. Rozdział posiłków pod nadzorem pielęgniarki ma odbywać się w godzinach: śniadanie 8.00 - 8.30, obiad 12.30 - 13.00, kolacja 17.00 - 17.3 (pkt 9.7), jak również odbiór odpadów pokonsumpcyjnych z oddziałów i transport do wyznaczonego pomieszczenia celem ich zmielenia (zaraz po dostarczeniu tych odpadów) oraz transport czystych pojemników na oddziały odbywać się będzie w godzinach 9.00 - 10.00, 13.00 - 14.00 oraz 17.30 - 18.30 (pkt 10.3 oraz Harmonogram Prac Transportu Wewnętrzny). W pkt 13.3 załącznika nr 2 do SIWZ Zamawiający wskazał, iż wymaga: *„Zatrudnienia pracowników z uwzględnieniem harmonogramu godzinowo-osobowego stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ”*.

Ponadto, Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający wyliczył, iż wartość szacunkowa w niniejszym postępowaniu wynosi 822.547, 20 zł netto (zgodnie z wyliczeniem dokonany w dniu 01.10.2008 r.). Ponadto, zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości: 925.000,00 zł brutto (zgodnie z ZP-12 z dnia 02.12.2008 r.).

Sporna oferta Wykonawcy NIRO Sp. z o.o. zawiera cenę brutto 890.640,00 zł, w tym: a) 453.840,00 zł, b) 427.200,00 zł i c) 9.600,00 zł. Odwołujący natomiast przedłożył ofertę na cenę brutto 930.048,00 zł, w tym: a) 266.448,00 zł, b) 585.600,00 zł i c) 78.000,00 zł.

Analizując w/w zapisy SIWZ oraz zaistniały stan faktyczny w odniesieniu do zarzutów postawionych przez Odwołującego, Izba stwierdziła co następuje:

Po pierwsze Izba po raz kolejny wskazuje, że za rażąco niską cenę można uznać tylko taką cenę ofertową, która taki charakter wykazuje w stosunku do przedmiotu zamówienia. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia, nie zaś do niektórych tylko pozycji (wyrok KIO z dnia 28.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 123/08). Istotna jest bowiem cena końcowa i ta powinna zostać oceniona pod kątem rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28.04.2008 r., sygn. akt: XIX Ga 128/08).

Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach Izba także wskazuje: *„Zwrócić należy uwagę, że przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo, że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę nie tylko w w/w przepisie (art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp), ale i w art. 90 p.z.p. Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska, to taka która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu co cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielnie zamówienia publicznego. Ciężar dowodu wykazania, że oferta (...) zawiera rażąco niską cenę spoczywa na skarżącym wykonawcy (art. 6 kc.)”.*

W przedmiotowym stanie faktycznym, mimo wydzielenia ceny wskazanego przez Zamawiającego w SIWZ (a, b i c) oraz wynikającego z załącznika nr 1 do SIWZ, przedmiotem oceny była - cena oferty brutto - 100 % wynikająca z „podania łącznego wynagrodzenia całkowitego” (pkt 12 i 13 SIWZ, czy też ZP-12) o charakterze ryczałtowym (pkt 13 SIWZ oraz załącznik nr 1 do SIWZ: „OFERTA”). Cała argumentacja i zarzuty odnoszą się tylko i wyłącznie do elementu łącznego wynagrodzenia z pkt c). Z powyższych względów Izba uznaje zarzuty zaniechania czynności wezwania do wyjaśnień firmy NIRO Sp. z o.o. w trybie art. 90 ust.1 Pzp oraz zaniechania czynności polegającej na odrzuceniu oferty firmy NIRO Sp. z o.o., jako zawierającej cenę rażąco niską (art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp) za pozbawione de facto podstaw prawnych.

Po drugie, Izba stwierdza, iż Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, ani nawet nie uprawdopodobnił, że cena firmy NIRO Sp. z o.o. jest ceną rażąco niską. Zważywszy na wartość szacunkową (822.547, 20 zł netto), czy też kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (925.000,00 zł brutto) żadna ze złożonych ofert nie odbiega cenowo od podanych wartości, jak również same oferty nie odbiegają od siebie kwotowo w sposób, który wymagałby przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust.1 Pzp (1-1.162.766,40 zł brutto, 2 - 930.048,00 zł brutto, 3 - 890.640,00 zł brutto, 4 - 1.687.440 zł brutto).

Argumentacja przedstawiona w odwołaniu przez Odwołującego tylko pozornie mogłaby uzasadniać podniesione zarzuty. Przede wszystkim argumentacja ta odnosi się tylko do elementu łącznego wynagrodzenia z pkt c). Poza tym, jest oparta o kilka niesprawdzonych założeń, iż wycenione usługi będą realizowane tylko przez 2-ie osoby, zatrudnione na podstawie umowy o pracę oraz, że wskazane godziny mają charakter stały i niezmienny. Podkreślenia wymaga, iż w żadnym zapisie SIWZ nie mówi się o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę (patrz pkt 13.3 załącznika nr 2 do SIWZ), zaś harmonogram godzinowo-osobowy, stanowiący załącznik nr 4 do SIWZ stwierdza: „*możliwe ewentualne zmiany czasowe w uzgodnieniu z Zamawiającym*”.

Izba dodatkowo zwraca uwagę, iż uznanie zasadności jego zarzutów spowodowałoby, iż Zamawiający musiałby przeprowadzić wyjaśnienia w trybie art. 90 ust.1 Pzp wobec wszystkich złożonych ofert, a on sam byłby prawdopodobnie obiektem identycznych zarzutów np. ze strony wykonawcy, którego ofertę zamawiający sklasyfikował na 4 miejscu odnośnie elementu łącznego wynagrodzenia z pkt a) (1.537.200,00 zł brutto, a Odwołujący – 266.448,00 zł brutto).

Reasumując, Izba stwierdza, że brak było podstaw do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego pod kątem zaoferowania przez firmę NIRO Sp. z o.o. ceny rażąco niskiej, a tym bardziej odrzucenia oferty Wykonawcy NIRO Sp. z o.o., jako zawierającej cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust.1 oraz 89 ust.1 pkt 4 Pzp za niezasadne.

Wobec powyższego skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji

Izba, działając na podstawie § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 ze zm.) w związku z art. 187 ust. 1 Pzp, wydała w niniejszej sprawie orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 **Opolu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*