

WYROK

z dnia 5 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie **5 lutego 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **19 stycznia 2018 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Vendi Servis sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Jol-Mark sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach.**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług gastronomicznych dla pacjentów Szpitala Rehabilitacyjnego i Opieki Długoterminowej w Żmigrodzie, wraz z najmem pomieszczeń kuchennych* (nr postępowania 1/2017)

prowadzonym przez zamawiającego: **SP ZOZ Szpital Rehabilitacyjny i Opieki Długoterminowej w Żmigrodzie**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża **Vendi Servis sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi i Jol-Mark sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach jako wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez tego **odwołującego** 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 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający SP ZOZ Szpital Rehabilitacyjny i Opieki Długoterminowej w Żmigrodzie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Świadczenie usług gastronomicznych dla pacjentów Szpitala Rehabilitacyjnego i Opieki Długoterminowej w Żmigrodzie, wraz z najmem pomieszczeń kuchennych* (nr postępowania 1/2017).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 28 grudnia 2018 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 636606-N-2017.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

19 stycznia 2018 r. Odwołujący Vendi Servis sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi i Jol-Mark sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach jako wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia {dalej również: „Konsorcjum Vendi”} wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od wyboru jako najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty złożonej wspólnie przez Niro sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie i EC sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie {dalej również: „Konsorcjum Niro”}.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie zaznaczono inaczej}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 14 ust. 1 w zw. z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”} – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Niro, pomimo że oferta tego Wykonawcy jest niezgodna z przepisami regulującymi czynności wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. nie zawiera oświadczenia woli uczestnika konsorcjum EC sp. z o.o. w przedmiocie zobowiązania się do zawarcia umowy zgodnie z określonymi przez Zamawiającego wzorami, w przypadku wyboru oferty.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 58 § 1 kc w zw. z art. 66 § 1 kc – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Niro, pomimo że oferta tego Wykonawcy jest nieważna na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego z uwagi na brak określenia istotnego postanowienia umowy, tj. brak jednoznacznego określenia kręgu wykonawców (podmiotów zobowiązujących się do wykonania umowy).
3. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 w zw. z art. 66 § 1 kc – przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Niro, pomimo że oferta tego Wykonawcy nie

zawiera oświadczenia woli EC sp. z o.o.

4. Art. 89 ust. 4 – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej w formularzu ofertowym podpisanym przez M. P., w sytuacji gdy jest ona rażąco niska.
5. Art. 90 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień ceny wskazanej w formularzu ofertowym podpisanym przez M. P., w sytuacji gdy jest ona rażąco niska.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum Niro.
2. Powtórzenia czynności wyboru ofert spośród ważnie złożonych ofert.

Odwołujący podniósł ponadto następujące okoliczności faktyczne i prawne dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{ad pkt 1-3 listy zarzutów}

Odwołujący przywołał treść:

- art. 14 ust. 1 pzp (Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2017 r. poz. 459, 933 i 1132), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej);
- art. 66 § 1 kc (oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy).

Odwołujący wywiódł (odsyłając do wyroku Izby z 28 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1252/11), że na gruncie Prawa zamówień publicznych przez ofertę należy rozumieć oświadczenie woli zawierające co najmniej istotne postanowienia umowy. Treść oferty powinna pozwolić antycypować powstanie odpowiednio zindywidualizowanego stosunku umownego, dając podstawy do ustalenia z góry: podmiotów (stron) proponowanej umowy, jej przedmiotu, czyli powinno zachowania, którego umowa dotyczy (w stosunkach zobowiązaniowych chodzi o wskazanie świadczenia dłużnika), oraz treści stosunku umownego, którą wyznaczają poszczególne prawa i obowiązki stron {vide: Księżak Paweł (red.), Pyziak-Szafnicka Małgorzata (red.) [w:] Kodeks cywilny. Komentarz, Część Ogólna, wyd. III, opubl. LEX 2014}.

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności odnośnie zawartości oferty Konsorcjum Niro:

- oferta została podpisana przez M. P., który wskazał, że działa w imieniu Niro sp. z o.o. i Alter sp. z o.o.;

- jako dane członków konsorcjum zostały wskazane spółki: Niro sp. z o.o. oraz EC sp. z o.o. (pieczętki tych spółek);
- jako podwykonawca wskazana została Alter sp. z o.o. {dalej również: „Alter”};
- do oferty zostały dołączone odrębne oświadczenia Niro sp. z o.o. oraz EC sp. z o.o. dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- pełnomocnictwo, w którym wskazano, że Konsorcjum firm: Niro sp. z o.o. i EC sp. z o.o. udzieliło pełnomocnictwa Noro sp. z o.o.

Według Odwołującego w tak złożonej ofercie brak jednoznacznego oświadczenia, z którego wynikałaby wola realizacji zamówienia publicznego przez wybrane przez Zamawiającego podmioty (Niro sp. z o.o. oraz EC sp. z o.o.), gdyż z formularza ofertowego ani z całokształtu okoliczności nie wynika od kogo pochodzi oferta (jakie podmioty mają tworzyć konsorcjum) i nie istnieje faktyczna możliwość odczytania woli podmiotu składającego ofertę.

Odwołujący wywiódł, że podstawą do stwierdzenia ważności oferty złożonej przez wykonawców ubiegających się wspólnie o uzyskanie zamówienia jest wskazanie w ofercie, jakie podmioty tworzą konsorcjum. Brak jednoznacznego określenia wykonawcy powoduje, że oferta jest niezgodna z ustawą (art. 66 ust. 1 kc) z uwagi na brak oświadczenia wykonawcy wybranego o zamiarze realizacji umowy objętej postępowaniem przetargowym (tak też słusznie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 27 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2351/16). Stąd według Odwołującego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp.

Zdaniem Odwołującego oferta Konsorcjum Niro winna zostać odrzucona również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp jako niezgodna z ustawą, gdyż nie zawiera jednoznacznego wskazania oferentów, co jest warunkiem koniecznym skutecznego złożenia oferty, a jednocześnie uniemożliwia Zamawiającemu wybór tej oferty jako najkorzystniejszej. Skoro w oparciu o formularz ofertowy nie sposób ustalić kręgu oferentów, Zamawiający nie powinien domniemywać, jaki podmiot złożył ofertę.

Odwołujący wywiódł, że oferta, która nie wskazuje jasno kręgu podmiotów składających oświadczenie woli, jest nieważna na podstawie art. 58 § 1 w zw. z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, gdyż M. P. składając ofertę nie wskazał jednoznacznie w czyim imieniu i na czyją rzecz ją składa, co powoduje, że oświadczenia takiego nie można traktować jako oferty, gdyż nie zawiera istotnego postanowienia – określenia kręgu wykonawców zobowiązujących się do wykonania zamówienia. Brak jednoznacznego określenia podmiotu, który miałby wykonać zamówienie, oznacza, że oferta nie określa istotnych elementów umowy. W związku z niegodnością oferty z art. 66 § 1 kc należy uznać ją za nieważną.

W podsumowaniu Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dokonał wyboru Wykonawcy, który nie złożył oferty w postępowaniu przetargowym, czym naruszył art. 91 ust. 1 pzp.

{ad pkt 4-5 listy zarzutów}

Zarzuty odnośnie rażąco niskiej ceny zostały przez Odwołującego wycofane na posiedzeniu.

22 stycznia 2018 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną kopię odwołania do Konsorcjum Niro.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia w tej sprawie.

-

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 24 stycznia 2018 r. nie zgodził się z zarzutami odwołania, wnosząc o jego oddalenie.

Odnosnie zarzutów, które zostały podtrzymane Zamawiający wskazał na fakt, że pełnomocnictwo dołączone do oferty zostało sporządzone przez obu konsorcjantów (Niro sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie i EC sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie), którzy ustanowili Niro pełnomocnikiem konsorcjum upoważnionym również do zawarcia umowy. Ponieważ pełnomocnictwo udzielone jest do tego konkretnego zamówienia i podpisane przez obu konsorcjantów, należy rozumieć, że umowa zostanie zawarta wg wzoru stanowiącego załącznik do SIWZ, co dodatkowo potwierdzone jest oświadczeniem złożonym w formularzu ofertowym.

Zamawiający nadmienił, że zgodnie z wymaganiami SIWZ każdy z tych wykonawców złożył odrębnie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału oraz przesłanek wykluczenia.

Zamawiający zauważył ponadto, że zgodnie z treścią oferty Konsorcjum Niro przewiduje powierzenie części zamówienia Alter sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie jako podwykonawcy

Finalnie Zamawiający stwierdził, że zgodnie z postanowieniami rozdziału VII ust. 5 SIWZ przed zawarciem umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia będzie żądał umowy regulującej współpracę konsorcjantów.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła,

aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia w całości postępowania odwoławczego, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowisko.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący jako wykonawca uczestniczący w postępowaniu o przedmiotowe zamówienie i domagający się odrzucenia oferty wybranej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący z prawidłowo ustalonych okoliczności faktycznych wyciąga nieodpowiednie wnioski w oparciu o wybiórczo potraktowane przepisy Kodeksu cywilnego. Umknęło uwadze Odwołującego, że na mocy art. 14 pzp zastosowanie znajduje również art. 65. § 1 kc, zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Z formularza ofertowego (w którym spółka Alter została wyszczególniona jako podwykonawca, dane spółki EC zostały podane jako uczestnika konsorcjum na pierwszej stronie, a na ostatniej stronie w wyszczególnieniu załączników wymieniono jako wykonawców składających oświadczenia spółkę Niro i spółkę EC), treści pełnomocnictwa (jak trafnie podniósł Zamawiający, sporządzonego na potrzeby złożenia przez spółki Niro i EC wspólnie oferty w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia) i załączonych oświadczenia o spełnieniu warunków udziału i niepodleganiu wykluczeniu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego oraz oświadczenia w sprawie grupy

kapitałowej (odrębnie złożonych przez spółkę Niro i spółkę EC, jak tego oczekiwał Zamawiający w s.i.w.z. w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) rozpatrywanych łącznie (dodatkowo na kopercie, w której znajdowały się powyższe dokumenty, wskazano jako wykonawców składających ofertę spółkę Niro jako lidera konsorcjum i spółkę EC jako uczestnika konsorcjum), wynika jednoznaczny wniosek, że oferta została podpisana przez M. P. działającego w imieniu i na rzecz spółek Niro i EC, które postanowiły wspólnie ubiegać się o udzielenie tego zamówienia, a alternatywne wskazanie na pierwszej stronie, że uczestnikiem konsorcjum jest spółka Alter, ma charakter omyłkowy (rzeczywisty status tego podmiotu jako podwykonawcy wyjaśnia się już na następnej stronie formularza ofertowego). Innymi słowy całokształt powyższych okoliczności, w których została złożona oferta, wskazuje, że w zgodzie z zasadami współżycia społecznego i ustalonymi zwyczajami nie można inaczej odczytać treści oświadczenia woli zawartego w ofercie jako pochodzącego od Konsorcjum Niro, w którego skład wchodzi spółki Niro i EC.

Natomiast zupełnie nieprzekonująca i przecząca zdrowemu rozsądkowi jest argumentacja odwołania jakoby powyższa omyłka uniemożliwiła ustalenie jacy wykonawcy złożyli ofertę. Z treści odwołania wynika, że *de facto* również Odwołujący nie miał z tym najmniejszych trudności.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 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 ze zm.) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący: