

Sygn. akt: KIO 1768/11

WYROK
z dnia 30 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Emil Kuriata**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 sierpnia 2011 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2011 r. przez Odwołującego - **Impel Catering Sp. z o.o., Ślęża 118, 53-111 Wrocław**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 3 w Rybniku, ul. Energetyków 46, 44-200 Rybnik**,

przy udziale wykonawcy - **NIRO Sp. z o.o., ul. Ścinawska 37, 59-300 Lubin**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - **Impel Catering Sp. z o.o., Ślęza 118, 53-111 Wrocław**, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - **Impel Catering Sp. z o.o., Ślęza 118, 53-111 Wrocław**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego - **Impel Catering Sp. z o.o., Ślęza 118, 53-111 Wrocław**, na rzecz Zamawiającego - **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 3 w Rybniku, ul. Energetyków 46, 44-200 Rybnik**, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, 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 Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 3 w Rybniku, ul. Energetyków 46; 44-200 Rybnik prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Usługi gastronomiczne w zakresie przygotowania i dystrybucji posiłków wraz z dzierżawą obiektu kuchni*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 lipca 2011 r. pod numerem 2011/S 124-206191.

Dnia 10 sierpnia 2011 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, która została złożona przez wykonawcę „NIRO” sp. z o.o., ul. Ścinawska 37; 59-300 Lubin (zwany dalej „Niro”) oraz o odrzuceniu, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty wykonawcy „Impel Catering” sp. z o.o., ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca „Impel Catering” sp. z o.o., ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 17 sierpnia 2011 roku wniósł, za pomocą Elektronicznej Skrzynki Podawczej, odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 7 ust. 1 i 3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie złożonych ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 87 ust. 2 pkt. 2 i 3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe odrzucenie oferty Odwołującego.

Zarzucając powyższe Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny oferty Odwołującego, w razie potrzeby z uwzględnieniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 2 i 3 ustawy prawo zamówień publicznych, jak również o nakazanie Zamawiającemu wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

Odwołujący wskazał, iż ma interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ w razie uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego - jako najtańsza spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z udziału w przedmiotowym postępowaniu - będzie ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że prawidłowo dokonał obliczenia ceny oferty oraz prawidłowo dokonał podziału procentowego w dopuszczalnym zakresie dla poszczególnych posiłków zgodnie z s.i.w.z. Wskazał, iż przyjęta w formularzu cenowym zsumowana stawka osobodnia tj. (1 śniadanie, 1 obiad, 1 kolacja) wynosi 13,76 zł netto. Wartość zsumowana trzech posiłków wynosi 13,76 zł. netto i była również wyjściową to wyliczenia podziału procentowego, tj. (śniadanie - 25%, obiad - 55%, kolacja - 20%) wartości liczbowe dla poszczególnych posiłków według przyjętych wartości procentowych wynoszą odpowiednio:

- 1) śniadanie - 25% z kwoty 13,76 zł netto wyliczone wg wzoru $[(25 \times 13,76) / 100]$ wynosi 3,44 zł,
- 2) obiad - 55% z kwoty 13,76 zł netto wyliczone wg wzoru $[(55 \times 13,76) / 100]$ wynosi 7,568 zł po zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku zgodnie z pkt. VI s.i.w.z. wynosi 7,57 zł,
- 3) kolacja - 20% z kwoty 13,76 zł netto wyliczone wg wzoru $[(20 \times 13,76) / 100]$ wynosi 2,752 zł po zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku zgodnie z pkt. VI s.i.w.z. wynosi 2,75 zł.

Odwołujący stwierdził, że rzekoma niezgodność oferty Odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, polegająca na nieprawidłowości w obliczeniach Odwołującego, podnoszona przez Zamawiającego, wynika w istocie z nieuwzględnienia przez Zamawiającego, dokonanych przez Odwołującego zaokrągleń do pełnego grosza. Nie wynika zaś z błędu matematycznego popełnionego przez Odwołującego, którego obliczenia i zaokrąglenia zostały wykonane należycie wg zasad matematycznych, zasad rachunkowości oraz s.i.w.z.

Wartości różnic wynoszą odpowiednio dla pkt. 2 obiad – 0,0007 zł (słownie: siedem dziesięciotysięcznych złotego) i pkt. 3 kolacja - 0,0003 zł (słownie: trzy dziesięciotysięczne złotego) i nie mają wpływu na zsumowaną wartość (śniadanie+ obiad+ kolacja), która nadal wynosi 13,76 zł netto. Co za tym idzie, nie mają również żadnego wpływu na wartość oferowanej przez Odwołującego ceny brutto, podlegającą ocenie przez Zamawiającego w Załączniku nr 5 „Formularz oferty”.

Ponadto odnosząc się do argumentów i wyliczeń Zamawiającego zamieszczonych w „Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty” z dnia 10 sierpnia 2011 roku, załącznik nr 3, dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego, Odwołujący stwierdził, że zgodnie z art. 31 ustawy o Narodowym Banku Polskim (Dz. U. z 1997 r. Nr 140, poz. 938, ze zm.) określone

zostało, iż znakami pieniężnymi Rzeczypospolitej Polskiej są banknoty i monety opiewające na złote i grosze. W ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego (Dz. U. z 1994 r., Nr 84, poz. 386 ze zm.) ustawodawca określa, iż nowa jednostka pieniężna o nazwie złoty dzieli się na 100 groszy (art. 1 ust. 2). Tym samym w polskim systemie płatniczym nie ma tysięcznych części złotego.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazał, że w przypadku zamiaru odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy prawo zamówień publicznych, Zamawiający winien najpierw wnikliwie ocenić, czy nie zachodzi przesłanka do zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 2 i 3 ustawy prawo zamówień publicznych.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 17 sierpnia 2011 roku.

Zamawiający, dnia 18 sierpnia 2011 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, dnia 22 sierpnia 2011 roku zgłosił przystąpienie wykonawca „NIRO” sp. z o.o., ul. Ścinawska 37; 59-300 Lubin.

Zamawiający, dnia 25 sierpnia 2011 roku (pismem z dnia 23 sierpnia 2011 r.) złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w pkt. VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu obliczania ceny oferty” przedstawił szczegółowo sposób obliczenia ceny oferty: „Ceną oferty jest kwota wpisana w punkcie 1 formularza ofertowego dotycząca okresu 3-letniego”. Cenę tę należy obliczyć w formularzu cenowym (załącznik nr 1.A do oferty), kalkulując ją z uwzględnieniem wszelkich danych zawartych w załącznikach nr 1.B.1 - 1.B.6 oraz nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przeprowadzając obliczenia należy dla każdego podpunktu formularza cenowego pomnożyć podaną cenę jednostkową netto (tj. za jednostkę miary, jak np.: śniadanie, obiad, kolacja - w punkcie I, osobodzień - w punkcie III, posiłek - wymieniony w punkcie III i IV), która zgodnie z punktem III.a.7 powinna być wyrażona z dokładnością do 0,01 zł, przez ilość jednostek miar wymienioną w poprzedniej kolumnie. Otrzymałą w ten sposób wartość netto należy powiększyć stosownie do stawki podatku VAT, co daje wartość brutto, którą należy zaokrąglić z dokładnością do 0,01 zł. Należy zastosować następujące zasady zaokrąglania: wartość zaokrągla się do pełnych groszy, przy czym końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki 0,5 grosza i wyższe zaokrągla się do grosza. Tak obliczone w poszczególnych wierszach wartości netto i brutto należy następnie dodać, otrzymując wartości netto i brutto („Razem w okresie 1 roku”), które po pomnożeniu przez 3 dadzą wartości netto i brutto („Razem w okresie 3 lat”). W ten sposób obliczoną dla okresu 3-letniego wartość brutto należy przenieść do formularza oferty - do punktu 1. Ustalając ceny za poszczególne posiłki w punkcie I, należy obowiązkowo uwzględnić zasadę, iż cena za obiad ma stanowić 50 % +/- 5 % wartości zsumowanej (śniadanie + obiad + kolacja), a pozostałe posiłki: po 25 % +/- 5 % tej wartości. Zamawiający oczekiwał wypełnienia formularza cenowego i obliczenia ceny oferty z zastosowaniem jednej stawki podatku od towarów i usług VAT, uznając iż nie ma w przypadku tego zamówienia możliwości rzetelnego, rozdzielania, wyodrębnienia poszczególnych czynności objętych zamówieniem. Określając przedmiot zamówienia przyjęto zasadę, iż usługa złożona, składająca się z kombinacji różnych czynności, powinna być zaklasyfikowana tak, jak gdyby składała się z usługi, która nadaje całości zasadniczy charakter.

Ponadto Zamawiający zawarł uwagę, iż inny sposób obliczenia ceny oferty, bądź brak jednoznaczności oferty, który nie jest możliwy do usunięcia w drodze poprawy omyłek zgodnie z punktem VIII - będą skutkować odrzuceniem oferty.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, iż ceny jednostkowe zaoferowane za poszczególne posiłki ujęte w punkcie I formularza cenowego nie spełniają wymagania określonego w punkcie VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podał, iż w złożonej przez Odwołującego ofercie, cena jednostkowa za śniadanie stanowi, co prawda dokładnie 25 % wartości zsumowanej za wszystkie trzy posiłki, jednak ceny jednostkowe za obiad i kolację nie mieszczą się w podanych dopuszczalnych granicach. Cena obiadu zawarta w pozycji I.2 przekracza wskazaną granicę i stanowi, z dokładnością do 10 miejsc po przecinku - 55,0145348837 % wartości zsumowanej. Podobnie cena za kolację została skalkulowana poniżej dolnej granicy(20%) wartości zsumowanej i wynosi, z dokładnością do 10 miejsc po przecinku – 19,9854651162 % wartości zsumowanej. Zdaniem Zamawiającego ceny jednostkowe nie mieszczą się we wskazanych w s.i.w.z. przedziałach, czym Odwołujący nie dostosował się do wymagań s.i.w.z. Konsekwencją powyższego przekroczenia było uznanie przez Zamawiającego oferty Odwołującego, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Bezspornym w sprawie jest fakt, iż cena jednostkowa za poszczególne posiłki (obiad i kolację) zaproponowana przez Odwołującego nie mieści się w granicach tolerancji ustalonej przez Zamawiającego w rozdziale VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Izby, bezwzględnym wymogiem s.i.w.z. było, aby wykonawcy przystępujący do przedmiotowego postępowania podali ceny za posiłki, które to ceny muszą być zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku oraz że ceny zaproponowane przez wykonawców za dane posiłki mieściły się w tolerancji podanej przez Zamawiającego.

Odwołujący na stronie 4 oferty, w Formularzu cenowym (załącznik Nr 1.A.) podał, iż oferuje cenę jednostkową netto za śniadanie w wysokości 3,44 zł, za obiad w wysokości 7,57 zł, za kolację w wysokości 2,75 zł. W powyższym zakresie ceny jednostkowe odpowiadają wymogom specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednakże biorąc pod uwagę obowiązek rozłożenia ciężaru ponoszonych kosztów za poszczególne posiłki zgodnie z wymogiem Zamawiającego: śniadanie 25% ± 5%, obiad 50% ± 5%, kolacja 25% ± 5 %, to oferta Odwołującego nie spełnia powyższego wymogu w zakresie ceny podanej za obiad i kolację.

Odwołujący, jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych ma świadomość i obowiązek kształtowania swojej oferty w treści wymaganej przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze wszelkimi konsekwencjami wynikającymi z błędów wynikających z niewłaściwego przygotowania takiej oferty.

W ocenie Izby Odwołujący popełnił błąd, który musiał powodować skutek w postaci odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Błąd w ofercie nie polegał na niewłaściwym przeliczeniu i podaniu ceny jednostkowej za obiad i kolację, gdyż Odwołujący prawidłowo podał ceny jednostkowe do dwóch miejsc po przecinku, ale z faktu, iż zaokrąglenie tych cen spowodowało niespełnienie obowiązkowego kryterium tolerancji procentowej, tj. udziału ceny danego posiłku w cenie wyżywienia całodziennego, składającego się ze wszystkich 3 posiłków (śniadania, obiadu i kolacji). To na Odwołującym bowiem spoczywał obowiązek takiego skalkulowania ceny jednostkowej, aby mieściła się ona w zakreślonych s.i.w.z. tolerancjach. Tym samym przekroczenie wartości procentowej, choćby nawet o 0,01 % powoduje, że oferta nie została sporządzona zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Obowiązkiem Odwołującego było bowiem, takie sporządzenie oferty, aby pod każdym względem odpowiadała treści s.i.w.z.

Obliczenia dokonane przez Odwołującego świadczą jedynie o prawidłowym odniesieniu się do wymagań Zamawiającego odnoszących się do zaokrąglenia ceny do 2 miejsc po przecinku. Z całą pewnością nie mogą stanowić podstawy do uznania, iż to Zamawiający źle odczytał intencje Odwołującego i winien samodzielnie dokonać ewentualnej poprawy ceny w ofercie Odwołującego.

Jak słusznie wskazał Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27 czerwca 2008 roku, sygn. akt XII Ga 206/08 *„Możliwość poprawiania oczywistej omyłki pisarskiej dotyczy wyłącznie zwykłych błędów wynikających z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a nie spowodowany uchybieniem merytorycznym, tym samym oczywista omyłka może mieć wyłącznie charakter proceduralno-techniczny, a nie merytoryczny. Istotnym przy tym pozostaje, że pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki nie można doprowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia.”*. W ocenie Izby ewentualne dokonanie poprawek w ofercie Odwołującego prowadzić by musiało do wykreowania nowej treści oświadczenia woli wykonawcy, która w omawianym zakresie prowadziłaby do zmiany ceny oferty. W powyższym zakresie za właściwe należy przyjąć stanowisko Sądu Okręgowego w Krakowie wyrażone w wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 roku, sygn. akt XII Ga 117/09, gdzie sąd wskazał, iż *„Obliczenie ceny w sposób sprzeczny ze sposobem wskazanym w s.i.w.z. powoduje, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji. Następuje to jednak w przypadku, gdy sposób obliczenia ceny został w s.i.w.z. określony.”*, gdyż Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyraźnie wskazał jak należy cenę podać (jednostkową i całkowitą) i jaki zakres tolerancji ceny za poszczególne posiłki przewiduje.

W konsekwencji powyższych ustaleń, za niezasadny Izba uznała również zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający nie utrudniał wykonawcom dostępu do udziału w przedmiotowym postępowaniu, przekazywał informacje wszystkim wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu oraz dokonał wyboru i zamierza udzielić zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Reasumując, Izba uznała, że ocena oferty Odwołującego dokonana przez Zamawiającego była prawidłowa.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) 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), uwzględniając koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

Przewodniczący: