

Sygn. akt KIO 1225/10

KIO 1231/10

WYROK
z dnia 6 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 lipca 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **23 czerwca 2010 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. ISS Facility Services Sp. z o.o., 02-247 Warszawa, ul. Flisa 2 (sygn. akt KIO 1225/10);

B. Zbigniew Górkę, Katarzynę Górkę prowadzących działalność pod firmą GOMI s.c., 24-320 Poniatowa, ul. Modrzewiowa 4 (sygn. akt KIO 1231/10)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Specjalistyczny Psychiatryczny Zespół Opieki Zdrowotnej, 91-229 Łódź, ul. Aleksandrowska,**

przy udziale **Zbigniewa Górki, Katarzyny Górki prowadzących działalność pod nazwą GOMI s.c. Zbigniew Górka Katarzyna Górka, 24-320 Poniatowa, ul. Modrzewiowa 4** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1225/10

orzeka:

1. Uwzględnić oba odwołania i nakazuje Specjalistycznemu Psychiatrycznemu Zespołowi Opieki Zdrowotnej, 91-229 Łódź, ul. Aleksandrowska unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty SERENISSIMA POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi;

2. Kosztami postępowania obciąża Specjalistyczny Psychiatryczny Zespół Opieki Zdrowotnej, 91-229 Łódź, ul. Aleksandrowska i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpisy w wysokości **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczone przez odwołujących, stanowiące koszty postępowania odwoławczego, w tym:
 - A. wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **ISS Facility Services Sp. z o.o., 02-247 Warszawa, ul. Flisa 2;**
 - B. wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Zbigniewa Górkę, Katarzynę Górkę prowadzących działalność pod firmą GOMI s. c., 24-320 Poniatowa, ul. Modrzewiowa 4**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **36 650 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści sześć tysięcy sześćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) przez **Specjalistyczny Psychiatryczny Zespół Opieki Zdrowotnej, 91-229 Łódź, ul. Aleksandrowska** stanowiącej uzasadnione koszty stron , w tym:
 - A. kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Specjalistyczny Psychiatryczny Zespół Opieki Zdrowotnej, 91-229 Łódź, ul. Aleksandrowska** na rzecz **ISS Facility Services Sp. z o.o., 02-247 Warszawa, ul. Flisa 2** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
 - B. kwoty **18 050 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćdziesiąt złotych zero groszy) przez **Specjalistyczny Psychiatryczny Zespół Opieki Zdrowotnej, 91-229 Łódź, ul. Aleksandrowska** na rzecz **Zbigniewa Górki, Katarzyny Górki prowadzących działalność pod firmą GOMI s.c., 24 - 320 Poniatowa, ul. Modrzewiowa 4** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

.....

Sygn. akt KIO 1225/10

KIO 1231/10

Uzasadnienie

Zamawiający - Specjalistyczny Psychiatryczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Łodzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „ustawą”, prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na usługę gastronomiczną dla pacjentów Specjalistycznego Psychiatrycznego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Łodzi

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2010/S 72-107989 dnia 14 kwietnia 2010 roku.

9 czerwca 2010 roku za pośrednictwem faksu zamawiający przesłał informację o wynikach postępowania. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez SERENISSIMA POLSKA Sp. z o. o., z siedzibą w Łodzi, zwana dalej „Serenissima Sp. z o.o. ”, kolejne miejsca w rankingu zajęły oferty złożone przez Zbigniewa Górkę i Katarzynę Górkę prowadzących działalność pod firmą Gomi s. c. Zbigniew Górka Katarzyna Górka z siedzibą w Poniatowej, zwana dalej „Gomi s. c.” oraz ISS Facility Services Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie.

Sygn. akt KIO 1225/10:

ISS Facility Services Sp. z o.o. wniósł odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej 18 czerwca 2010 r., tego dnia zamawiający otrzymał kopię odwołania. Odwołanie zostało wniesione wobec:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Serenissima Sp. z o. o.,
- zaniechaniu odrzucenia oferty Serenissima Sp. z o. o., mimo, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- zaniechaniu odrzucenia oferty Serenissima Sp. z o. o., mimo, iż ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
- zaniechaniu wykluczenia Gomi s.c., mimo nie wniesienia wadium o treści wymaganej przez przepisy ustawy.

Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem art. 90 ust. 2 i 3 ustawy, a w jego następstwie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4) ustawy oraz art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy, a w konsekwencji naruszono art. 91 ustawy.

Odwołujący podniósł, że gdyby zamawiający nie dopuścił się zarzucanych naruszeń uzyskałby zamówienie oraz wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Serenissima Sp. z o. o., jako oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert; odrzucenie oferty Serenissima Sp. z o. o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy, wykluczenie Gomi s. c. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy i uznanie jego oferty za odrzuconą, zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy, dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. **Odwołujący podniósł, że umowa, która zostałaby zawarta z Serenissima Sp. z o. o. byłaby umową nieważną w świetle art. 146 ust. 1 pkt 5) i 6) ustawy.**

Uzasadniając zarzuty podniesione wobec oferty Serenissima Sp. z o. o. odwołujący wywiódł, że fakt wystąpienia podejrzenia rażąco niskiej ceny w ofercie Serenissima Sp. z o. o. jest bezsporny, gdyż jej cena stanowi (w przybliżeniu) jedynie 88% średniej ceny pozostałych ofert oraz niecałe 80% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT. Ze stanowiska doktryny oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 23 grudnia 2008 r.; sygn. akt KIO/UZP 1443/08 odwołujący wywiódł, że uzasadnione jest podejrzenie zaoferowania ceny rażąco niskiej, zwłaszcza, iż sam zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień. W ślad za wywodami zawartymi w wyrokach Sądów Okręgowych, Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zespołów Arbitrów podniósł, że za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu z szacunkową wartością zamówienia lub cenami rynkowymi. Odwołujący wywiódł, że z analizy poszczególnych składników cenotwórczych oferty Serenissima Sp. z o. o. oraz złożonych wyjaśnień można odnieść wrażenie, że podany koszt diety został skalkulowany poniżej poziomu jego rzeczywistego wytworzenia i w żaden sposób nie wskazuje rzeczowych powodów, które mogłyby mieć znaczenie i realny wpływ na zaproponowaną cenę. Podana cena rażąco odbiega od tynkowych ofert konkurencji, a koszty realizacji, nie zostały jednocześnie skompensowane w innych pozycjach wyceny, w wyjaśnieniach złożonych przez Serenissima Sp. z o. o. nie można doszukać się jakichkolwiek przyczyn, warunków czy zależności mających wpływ na zaproponowaną cenę i wielkość upustu. Odwołujący zarzucił, że biorąc pod uwagę nakład pracy, zużycie mediów, czynsz, transport i inne elementy, na które zwracał również uwagę zamawiający, podany przez Serenissima Sp. z o. o. koszt jest nierzeczywisty. Podniósł, że w przedstawionej kalkulacji nie uwzględniono żadnego zysku, a do poziomu nierealnego zaniżono koszty - m.in. naczyń jednorazowych, których koszt zakupu wynosi wg obecnych cen rynkowych nie mniej niż 0,50 zł. W konkluzji odwołujący stwierdził, że cena oferty Serenissima Sp. z o. o. jest nierealna w stosunku do cen rynkowych oraz nieadekwatna w stosunku do wymagań, zakresu realizacji przedmiotu zamówienia i wynikającej z niego pracochłonności.

Uzasadniając zarzuty podniesione wobec oferty Gomi s. c. odwołujący wywiódł, że wadium winno tworzyć zabezpieczenie dla zamawiającego na wypadek wystąpienia, którejkolwiek z przyczyn wskazanych w art. 46 ust. 5 i 4a ustawy, a jakiegokolwiek ograniczenie i zawężenie katalogu przypadków ustawowych, będzie stanowić przeszkodę w egzekucji roszczeń. Zarzucił, że gwarancja przetargowa (wadium) przedstawiona przez Gomi s. c. nie zabezpiecza wszystkich przypadków, gdyż w całości nie uwzględniono treści art. 46 ust. 4a ustawy. W związku z tym treść gwarancji jest niepełna, bezskuteczna dla pełnego zakresu przypadków wymaganych w przepisach ustawy, co w konsekwencji winno skutkować wykluczeniem wykonawcy, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy, z uwagi na brak wniesienie prawidłowo ustanowionego wadium. Na wzmocnienie argumentacji odwołujący powołał wyroki Izby z 21 maja 2010 r., sygn. akt KIO 814/10, wyrok 10 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1193/09 oraz wyrok Izby z 10 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 983/09.

GOMI s. c. przystąpiła do postępowania odwoławczego w części dotyczącej zarzutu podniesionego wobec niego. Wskazując na posiadanie interesu prawnego oświadczył, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy jest bezzasadny, gdyż gwarancja bankowa jest prawidłowa i należyte zabezpiecza wszystkie przypadki określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Przystąpienie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2010 r. (wpływ bezpośredni), tego dnia jego kopia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu.

KIO 1231/10:

Gomi s. c. wniosła odwołanie wobec czynności wezwania Serenissima Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, zaniechania czynności odrzucenia oferty Serenissima Sp. z o. o. i czynności wyboru oferty Serenissima Sp. z o. o.. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 87 ust. 1 ustawy - przez dokonanie w toku badania i oceny ofert zmiany w treści oferty złożonej przez Serenissima Sp. z o. o. polegającej na przyjęciu, że w treści „oświadczenia o czasie reakcji” na zmiany w liczbie i rodzaju zamawianych posiłków w odniesieniu do nieplanowanych przyjęć, wypisów, przepustek, Serenissima Sp. z o. o. podała czas reakcji zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w rozdziale III pkt A ppkt 13 siwz;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - przez nieodrzućenie oferty Serenissima Sp. z o. o. , której treść nie odpowiadała treści siwz, gdyż zawierała oświadczenie wykonawcy o dłuższym od wymaganego czasie reakcji wykonawcy na zmiany w liczbie i rodzaju

zamawianych posiłków w odniesieniu do nieplanowanych przyjęć, wypisów, przepustek;

- art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy - przez niewykluczenie z postępowania Serenissima Sp. z o. o. , która nie wykazała spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- art. 7 ustawy - przez przeprowadzenie postępowania bez zapewnienia zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wniósł o: uwzględnienie odwołania, nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Serenissima Sp. z o. o., dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, dopuszczenie dowodów dokumentów na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wskazał w uzasadnieniu, że w toku postępowania Serenissima Sp. z o. o. złożyła oświadczenie (stanowiące załącznik nr 6 oferty), że czas reakcji na zmiany w liczbie i rodzaju zamawianych posiłków w odniesieniu do nieplanowanych przyjęć, wypisów, przepustek wynosi 3 godziny. Zamawiający winien odrzucić ofertę Serenissima, tymczasem 2 czerwca 2010 r. wystosował pismo, w którym na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy zwrócił się z zapytaniem "czy Wykonawca akceptuje warunki SIWZ, a tym samym potwierdza wymóg z rozdziału III pkt A ppkt 13 SIWZ". W odpowiedzi z dnia 2 czerwca Serenissima stwierdziła, że akceptuje warunki siwz, a tym samym potwierdza wymóg z rozdziału III pkt A ppkt 13. Odwołujący zarzucił, że doprowadziło to do zmiany treści jej oferty, gdyż w przywołanym postanowieniu siwz zamawiający wymagał czasu reakcji 1 godziny. Czynność zamawiającego wezwania do udzielenie wyjaśnień odwołujący uznał za niezgodną z prawem, gdyż z „oświadczenia” złożonego przez Serenissima jako załącznik nr 6 do oferty, jasno wynika, że czas jej reakcji wynosi 3 godziny, sprzecznie z treścią rozdziału III pkt A pkt 13 siwz. Oceniał, że zamawiający powinien ewentualnie wezwać Serenissima do wyjaśnienia tej rozbieżności, gdyż oświadczenie o akceptacji warunków siwz zawarte zostało już w załączniku nr 1 do siwz. Odwołujący zarzucił, że zamawiający dokonał znaczącej ingerencji w treść oferty Serenissima, co nie wyeliminowało sprzeczności pomiędzy oświadczeniem wykonawcy zawartym w piśmie z 2 czerwca, a treścią jego oświadczenia stanowiącego załącznik nr 6 do ofert.

Podniósł, że z rozdziału III pkt A ppkt 13 siwz – opisu przedmiotu zamówienia - wynika, że „Wykonawca zobowiązany jest na bieżąco do dostarczania ściśle określonych posiłków dla nowo przyjętych chorych po uzyskaniu takiej informacji od personelu, a także do zmniejszenia ilości dostarczanych na oddziały posiłków , po uzyskaniu informacji o zmniejszeniu się liczby chorych (nieplanowane wypisy, przepustki oraz zgony), nie później niż 1 godzinę przed wydaniem posiłku". W rozdziale VII pkt „e”- Wymagania dotyczące oferty - wykaz wymaganych dokumentów i oświadczeń - zamawiający wymagał złożenia oświadczenie, w którym należy podać czas reakcji na zmiany w liczbie i rodzaju zamawianych posiłków w odniesieniu do nieplanowanych przyjęć, wypisów, przepustek.

W wyniku porównania treści oświadczenia o czasie reakcji złożonego Serenissima odwołujący uznał, że oferta Serenissima jest niezgodna z wymogami zamawiającego określonymi w treści SIWZ i podlegała odrzuceniu. W ślad za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 9 października 2008 r., sygn. KIO/UZO 1027/08 odwołujący wywiódł, że oferta Serenissima nie odpowiada opisanemu w siwz przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Oceniał, że czas reakcji wykonawcy na zmiany w liczbie i rodzaju zamawianych posiłków w odniesieniu do nieplanowanych przyjęć, wypisów, przepustek jest niezwykle istotny dla takiego zamawiającego – szpitala, zaś omyłki w treści oferty złożonej przez Serenissima nie można zakwalifikować jako omyłki rachunkowej czy oczywistej omyłki pisarskiej, stanowi błąd wykonawcy powodujący sprzeczność treści oferty z treścią siwz. Wobec tego zamawiający zamiast wzywać do złożenia wyjaśnień i prostować błąd wykonawcy, powinien odrzucić jego ofertę. Odwołujący podniósł również, że powyższe naruszenia pozostają również w sprzeczności w wyrażonymi w art. 7 ustawy fundamentalnymi zasadami prawa zamówień publicznych, tj. zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 18 czerwca 2010 r. bezpośrednio w formie pisemnej, kopia odwołania została przekazana zamawiającemu za pomocą faksu w dniu 17 czerwca 2010 r. z zachowaniem terminu wynikającego z art. 180 ust. 5 ustawy.

Po ustaleniu, że odwołania nie podlegają odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, a zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Sygn. akt KIO 1225/10:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Potwierdzenie zarzutów odwołania, spowoduje że odwołujący, który złożył ofertę ocenioną jako trzecia w kolejności, będzie miał możliwość uzyskania zamówienia, odwołujący posiada zatem interes prawny. Zarzucane naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę, w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą oraz ewentualnego uzyskania zamówienia. .

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Pierwszą okolicznością podlegającą ocenie jest prawidłowość czynności wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 4. 839.492,30 zł brutto. Zamawiający oświadczył na rozprawie, że wartość zamówienia oszacował na podstawie aktualnych kosztów realizacji usługi oraz obserwacji cen na rynku. Brak jest podstaw do przyjęcia, że kwota ta nie została oszacowana należycie.

Serenissima Sp. z o.o. złożyła ofertę z ceną 3.852.630 zł brutto, Gomi s.c. z ceną 4.131.081, 68 zł, odwołujący z ceną 4.346.187,20 zł, GREK RTC S.A. z ceną 4.610.844 zł (oferty wykonawców oraz protokół ZP-1, kopie w aktach sprawy). W ocenie Izby różnica między przywołanymi cenami ofertowymi oraz wartością przedmiotu zamówienia w stosunku do ceny oferty Serenissima Sp. z o. o. jest znacząca i uzasadnia wystąpienie do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.

Izba nie dała wiary stanowisku zamawiającego zaprezentowanemu na rozprawie, że zamawiający wystąpił o wyjaśnienia „z ostrożności”. Wskazać należy, że kryterium arytmetyczne, ukształtowane w doktrynie i orzecznictwie, nie stanowi jedynego punktu odniesienia przy ustaleniu możliwości zaoferowania ceny rażąco niskiej. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonanie wyboru wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i jest zdolny do wykonania umowy z należytą starannością na warunkach złożonej przez siebie oferty. „(...) podstawowym celem art. 90 ustawy jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości, ponadto wspieranie zasady rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych. Postępowanie wyjaśniające ma na celu utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie (wyrok SO w Warszawie z 8 czerwca 2006 roku, sygn. akt V Ca 459/06).

Wystąpienie do wykonawcy w trybie przywołanego przepisu ustanawia domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, w związku z czym, przy udzielaniu wyjaśnień trybie art. 90 ust. 1 ustawy, dowód braku zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy, na którego ustawodawca nałożył obowiązek złożenia wyjaśnień pozwalających zamawiającemu na ocenę, czy cena oferty nie jest rażąco niska.

Skoro jednak zamawiający uznał złożone wyjaśnienia i nie dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego się, to obowiązkiem wykonawcy jest dowiedzenie, że (zgodnie z klasyczną regułą rozkładu ciężaru dowodu art.6 k. c w związku z art. 14 ustawy oraz w art. 190 ust. 1 ustawy), że złożone wyjaśnienia nie obalają domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej. Ocena złożonych wyjaśnień stanowi podstawę do uznania za potwierdzone zaoferowania rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 3 Pzp), co powoduje, że rozpoznanie zarzutów

odwołania przez Izbę Izby dotyczyć musi prawidłowości oceny wyjaśnień przez zamawiającego.

Wobec braku wypracowania jasnych wskazań, co do kryteriów oceny wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, każdy przypadek należy badać indywidualnie *ad casum* z uwzględnieniem całokształtu występujących w nim okoliczności.

Zamawiający pismem z 24 maja 2010r. (znak: SPZ – ANZP/332/48/10, w aktach sprawy) wystąpił do Serenissima Sp. z o.o. wymagając, aby w terminie do 28 maja 2010r. udzieliła wyjaśnień dotyczących ceny ofertowej. Zamawiający prosił o przedstawienie szczegółowej kalkulacji ceny jednego osobodnia z zaproponowanych jadłospisów, gdyż powziął wątpliwości, co do wysokości ceny diety złożonej z 3 posiłków – 7,95 zł. Zamawiający uznał, że skoro wsad do kotła wynosi nie mniej, niż 5 zł, a do ceny należy doliczyć jeszcze koszty pośrednie: pracownicze, zużycie mediów, czynsz, transport, amortyzację, zaopatrzenie szpitala w warki, termosy, naczynia jednorazowe zaproponowana cena wydaje się być niska. Zamawiający wezwał do wyjaśnienia powodów wysokości zaoferowanej ceny oraz do przedstawienia sposobu jej kalkulacji z uwzględnieniem wszystkich elementów mających wpływ na jej wysokość, w szczególności powołanych wyżej.

Serenissima Sp. z o.o. w wymaganym terminie udzieliła odpowiedzi (pismo z dnia 27 maja 2010 r., L. dz. S1—236 w aktach sprawy) w której podała, że zaproponowana cena została wyliczona z zachowaniem wszelkich reguł finansowych i handlowych, zawiera składniki obejmujące wszelkie istotne ośrodki kosztów w firmie. Wskazała, że misją firmy jest dostarczanie rozwiązań adekwatnych do potrzeb klientów z wykorzystaniem nowoczesnych technologii produkcyjnych i logistycznych. Oświadczyła, że czerpiąc z międzynarodowego ponad 25 – letniego doświadczenia Grupy Serenissima jest w stanie kalkulować oferty w sposób atrakcyjny finansowo z zachowaniem standardów jakościowych. Wskazała również, że taka polityka realizowana wobec wielu klientów instytucjonalnych w Polsce spotyka się z ich uznaniem. Serenissima Sp. z o. o. przedstawiła kalkulację kosztów pośrednich w wysokości 7,58 zł, na które składają się wsad do kotła – min 5zł, koszty produkcji/media czynsz, amortyzacja - 0,57 zł, transport - 0,33 zł, naczynia jednorazowe – 0,21 zł, koszty termosów, GN, wników - 0,17 zł, koszty pracownicze - 1,30 zł. Do wyjaśnień zostały dołączone dwie kalkulacje jadłospisów dla diety ogólnej, z wartością wsadu do kotła w kwocie 5,19 oraz 5,21 zł.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy przy ocenie wyjaśnień zamawiający zobligowany jest brać pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Mimo, że katalog kryteriów oceny wskazanych w przywołanym przepisie nie jest zamknięty, ma charakter taksatywny, to w

każdym przypadku wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę mają rozproszyć wątpliwości zamawiającego, dać mu pewność że, mimo iż cena oferty wykonawcy odbiega istotnie od wartości przedmiotu zamówienia, to jednak nie zachodzi niebezpieczeństwo, iż zamówienie nie zostanie zrealizowane należycie.

Treści wyjaśnień udzielonych przez Serenissima Sp. z o. o. oraz wyniki postępowania przed Izbą nie pozwalają na przyjęcie, że cena oferty Serenissima Sp. z o. o. została skalkulowana prawidłowo i, że jej wysokość pozwala na należyte wykonanie zamówienia.

Odpowiedź udzielona przez Serenissima Sp. z o. o. w piśmie z 27 maja 2010 r. nie stanowi wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 2 ustawy. Po pierwsze: Serenissima Sp. z o. o. nie odniosło się w nim, wbrew wymaganiu zamawiającego, do wszystkich elementów tworzących cenę, gdyż suma poszczególnych kosztów pośrednich nie tworzy ceny osobodnia, a przeznaczenie pozostałej różnicy nie zostało wskazane. Kalkulacja wartości wsadu do kotła jest nieprecyzyjna i nawet w stosunku do wartości przykładowych jadłospisów rodzi wątpliwości, czy nie została zaniżona. Koszty produkcji zostały, wbrew wymaganiom zamawiającego, przedstawione łącznie, co uniemożliwia ich ocenę. Po drugie: odpowiedź może zostać oceniona z zastosowaniem przykładowych kryteriów wymienionych w art. 90 ust. 2 ustawy, nie zawiera też żadnych zindywidualizowanych i zobiektywizowanych przyczyn wysokości zaoferowanej ceny, nie może zatem stanowić uzasadnienia wysokości całości ceny oferty. Wyjaśnienia dotyczące wysokości zaoferowanej ceny ofertowej powinny mieć charakter na tyle konkretny, by ich ocena przez zamawiającego była konkretna i obiektywna. Tylko w takim przypadku cel udzielenia wyjaśnień zostaje spełniony, a wybór oferty najkorzystniejszej następuje z zachowaniem zasad wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy.

Izba ocenia, że zamawiający nie dokonał weryfikacji wyjaśnień udzielonych przez Serenissima, Sp. z o. o. komisja przetargowa przyjęła je w sposób bezkrytyczny, bez żadnej analizy. Stanowisko prezentowane na rozprawie uznać należy za przyjęte wyłącznie na użytek sporu.

Wyjaśnienia Serenissima Sp. z o. o. nie wskazują przeznaczenia kwoty 0,47 zł - różnicy między kalkulacją 3 - daniowego posiłku w kwocie 7,95 zł wskazanej w ofercie, a sumą 7,58 zł wynikającą z kalkulacji. Zamawiający oświadczył na rozprawie, że oczywiście jest, że kwota ta zawiera zysk oraz będzie przeznaczona na ewentualne zwiększenie wartości wsadu do kotła. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter pisemny, zatem domniemywanie treści udzielonych wyjaśnień w zakresie ceny oferty jest nieuprawnione.

Tak w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie zamawiający nie odniósł się w sposób merytoryczny do zarzutów odwołania. W szczególności nie przedstawił żadnych kontrargumentów na prezentowaną już w treści odwołania tezę o niżeniu wartości naczyń jednorazowych. Wobec złożonej na rozprawie przez odwołującego faktury dotyczącej jedynie

części zastawy niezbędnej do serwowania posiłków nie przedstawił dowodu na twierdzenie przeciwne, mimo, że stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy może czynić to do zamknięcia rozprawy, a skoro zarzut ten był podniesiony już w odwołaniu zamawiający powinien był ustosunkować się do tego zarzutu, czego zaniechał..

Izba oceniła zatem jako uprawdopodobnione zaniżenie przez Serenissima Sp. z o. o. kosztów naczyń jednorazowych.

Złożenie wyjaśnień nie uzasadniających zaoferowanej ceny jest zrównane w skutkach prawnych z niezłożeniem wyjaśnień w ogóle – prowadzi do odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę. Ustawowym obowiązkiem wykonawcy jest złożenie wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że cena zaproponowana w ofercie nie jest rażąco niska. Udzielenie przez wykonawcę odpowiedzi, której nie można ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 ustawy prowadzi do przyjęcia, że wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym w ogóle nie zostały udzielone. Zamawiający dokonał błędnej oceny pisma Serenissima Sp. z o. o. z 27 maja 2010 r., gdyż winien odrzucić ofertę Serenissima Sp. z o. o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp z uwagi na podstawę wynikającą z art. 90 ust. 3 Pzp. Zarzuty naruszenia art. 90 ust.2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy potwierdziły się.

Na uwzględnienie zasługuje również zarzut dotyczący niezgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych wadium wniesionego przez Gomi s.c. w formie gwarancji bankowej.

Gwarancja bankowa wystawiona przez PKO BP S.A Oddział Nr 1 w Opolu Lubelskim 18 maja 2010 r. o numerze 13012032350000549600126151 głosi, pozwala na zaspokojenie się z niej w sytuacji, gdy „(..) oferent nie zastosował się do warunków oferty i mimo wygrania przetargu nie podpisał umowy lub odmówił wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.” Wykładnia literalna treści gwarancji bankowej wskazuje na zabezpieczenie wyłącznie sytuacji po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Art. 46 ust. 4a ustawy wskazuje, że zatrzymanie wadium wraz z odsetkami następuje, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Hipoteza tego przepisu obejmuje etap postępowania przed wyborem oferty najkorzystniejszej i zabezpiecza rezultat inny, niż zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego lub wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy na podstawie złożonej oferty, gdyż odnosi się do warunków podmiotowych stawianych wykonawcom.

Art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe. (Dz. U. z 2002 r., Nr 72 poz. 665 ze zm.) stanowi, że gwarancja bankowa to jednostronne zobowiązanie banku - gwaranta, polegające na tym, jeśli podmiot uprawniony (beneficjent gwarancji) spełni

określone warunki zapłaty, bank wykona świadczenie pieniężne na jego rzecz - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Złożenie wadium w formie gwarancji bankowej jest czynnością jednostronnie zobowiązującą, zatem istotne jest, aby przesłanki zaspokojenia się z gwarancji zostały wskazane w treści dokumentu. Powoływanie się na inne oświadczenia złożone wraz z ofertą nie jest zatem trafne, w szczególności wobec abstrakcyjnego charakteru gwarancji. Nie budzi wątpliwości Izby, że dla uznania wadium za wniesione prawidłowo, nie jest niezbędne cytowanie wprost przepisów art. 46 ust. 4 a oraz 46 ust. 5 ustawy. Niemniej jednak wskazanie warunków w treści gwarancji musi nastąpić w taki sposób, aby możliwość zaspokojenia się z gwarancji nie była kwestionowana. Treść gwarancji nie może być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 października 1995 roku, II CRN 123/95, OSNC, z. 2 z 1996 roku, poz. 29). Wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej, czy bankowej musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium nie może być utrudnione (*vide*: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 czerwca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP/537/08).

Błędne jest uzależnianie oceny skuteczności wniesienia wadium od okoliczności faktycznych postępowania. Należy rozróżnić bowiem czynność wniesienia wadium od zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium. Wadium jest wniesione skutecznie wtedy, gdy odpowiada wszystkim wymaganiom zawartym w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Uznanie stanowiska zamawiającego, że wadium jest wniesione skutecznie, bo w postępowaniu nie ziściły się przesłanki zatrzymania wadium, prowadziłoby do relatywizmu w ocenie treści gwarancji wadialnych przez uzależnienia skuteczności jego wzniesienia od okoliczności faktycznych postępowania. Przyjęcie takiego poglądu godziłoby w wynikający z art. 45 ust. 3 Pzp oraz art. 70⁴ k.c. wymóg zabezpieczenia oferty począwszy od daty jej złożenia, w sposób odpowiadający wszystkim wymaganiom ustawy.

Pominięcie przesłanki zatrzymania wadium, wymienionej w art. 46 ust. 4a ustawy nie może być usunięte po złożeniu dokumentu przez oświadczenie gwaranta tworzące jego nową treść. Izba nie uwzględniła oświadczenia banku gwaranta z 24 czerwca 2010 r. uznając je za „uzupełnienie” wadium po terminie składania ofert, przekraczające granice wykładni treści gwarancji z 18 maja 2010 r. Wywiedziony w piśmie pogląd prawny oparty o wyrok Zespołu Arbitrów z 20 marca 2007 r. jest nieadekwatny tak do stanu prawnego, jak i faktycznego sporu.

Sporne wymaganie zamawiającego dotyczące art. 46 ust. 4a ustawy wskazane zostało w rozdziale IX w części „Zwrot wadium” w ust. 6 siwz, nie budzi więc wątpliwości, że zamawiający w ślad za obowiązującymi przepisami, wymagał możliwości zaspokojenia się z gwarancji w razie zaistnienia przesłanek wskazanych w przywołanym przepisie.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy potwierdził się. W konsekwencji zamawiający naruszył również art. 24 ust. 4 ustawy nakazujący uznanie *ex lege* oferty wykonawcy wykluczonego za odrzuconą. W badanym postępowaniu zamawiający w konsekwencji uchybił również art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy.

Sygn. akt KIO 1225/10:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy. Zarzucane naruszenia przepisów uniemożliwiają dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, zatem ma on interes w uzyskaniu zamówienia a działania zamawiającego spowodowały możliwość poniesienia przez niego szkody.

Okoliczności faktyczne, wynikające z powołanych przez odwołującego pism nie są sporne między stronami. Sporna jest ich interpretacja prawna.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, zgodnie z którym postanowienie zawarte w rozdziale III pkt A ppkt 13 siwz posiada inny zakres przedmiotowy, niż postanowienie rozdziale VII pkt „e”. Przeciwnie, analiza ich treści prowadzi do wniosku, że zamawiający wymagał od wykonawcy podania zakładanego czasu reakcji na zmiany ilości (zwiększenia lub zmniejszenia) i rodzajów posiłków, jednak w ramach narzuconego przez siebie restrykcyjnego 1- godzinnego wymogu. Tym samym zaoferowanie 3 – godzinnego czasu reakcji stanowi oczywistą sprzeczność treści oferty Serenissima Sp. z o. o. z treścią siwz.

Zasadnie podnosi odwołujący zarzut naruszenia art. 87 ust.1 ustawy. Przywołany przepis daje zamawiającemu możliwość wyjaśnienia treści złożonych ofert. W orzecznictwie przyjmuje się, że wyjaśnienia takie, stanowiące rodzaj wykładni autentycznej, mają na celu wyjaśnienie zaistniałych w ofercie nieścisłości uniemożliwiających precyzyjne ustalenie treści oświadczenia stanowiącego ofertę. *Ratio legis* art. 87 ust. 1 ustawy polega przede wszystkim na tym, aby zapobiec odrzuceniu oferty oferującej świadczenie odpowiadające opisanym w treści siwz wymaganiom zamawiającego.

Zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy ma umożliwić poprawną interpretację oferty, uzyskanie wyjaśnień, co do jej treści. Nie może prowadzić natomiast do zmiany treści oferty, która w sposób oczywisty pozostaje w sprzeczności z wymaganiami zamawiającego.

Zamawiający w sposób błędny zastosował przywołany przepis, gdyż oświadczenie złożone przez Serenissima Sp. z o. o. w piśmie z 2 czerwca 2010 r. w sposób oczywisty zmienia treść oferty złożonej przez tego wykonawcę.

Powyższe nie powoduje jednak automatycznie konsekwencji w postaci odrzucenia oferty Serenissima Sp. z o. o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Przywołany przepis nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, jednak z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy statuuje obowiązek

zamawiającego poprawienia w ofercie omyłek innych, niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, polegające na niezgodności oferty z siwz, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty.

Zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy zarzuty i żądania stanowią odrębne elementy konstytutywne odwołania. Wskazać należy, że z mocy art. 192 ust. 7 ustawy Izba jest związana zarzutami, nie zaś żądaniami odwołania (*arg. a contrario*). Zatem uznając zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy za potwierdzony, Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie znalazł potwierdzenia i za nietrafne żądanie odrzucenia oferty na jego podstawie.

Obowiązkiem zamawiającego, którego zaniechał była ocena zaistniałej niezgodności pod kątem spełnienia przesłanek zawartych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Jeżeli zamawiający ustaliby, że zapisanie dłuższego, niż wymagany, czasu reakcji jest wynikiem pomyłki Serenissima Sp. z o. o., a jej charakter nie jest istotny z punktu widzenia całości oferowanego świadczenia, winien dokonać poprawienia omyłki i niezwłocznie poinformować Serenissima Sp. z o. o. o dokonanej poprawie. Dopiero jeśli Serenissima Sp. z o. o. w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodzi się na poprawienie omyłki, zamawiający winien odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Zamawiający nie naruszył natomiast art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy, zarzut dotyczył treści oferty Serenissima Sp. z o. o. nie zaś wykazania warunków stawianych wykonawcom.

Naruszenia przepisów ustawy, których dopuścił się zamawiający mają istotny wpływ na wynik postępowania. Zatem Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy uwzględniła odwołania, nakazując zamawiającemu dokonanie czynności wymienionych w pkt 1 sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocników odwołujących na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).